الوجيز في الالتزامات

الجزء الأول

مصادر الإلتزام

المجلد الأول

المصادر الإرادية

(العقد • الإرادة المنفردة)

تأليف

أ. د / رأفت محمد أحمد حماد

أستاذ القانون المدني

وعميد بكلية الشريعة والقانون بدمنهور

(سابقا) جامعة الأزهر

والمحامي بالنقض والادرية العليا

الناشر

دار النهضة العربية

٣٢ ش عبد الخالق ثروت - القاهرة

بسم الله الرحمن الرحيم

فصل تمهيدى

التعريف بالإلتزام وأنواعه ومصادره

سنتناول فى هذا الفصل التعريف بالإلتزام وانواعه ومصادره فى مباحث ثلاثة على النحو التالى : ـ

المبحث الأول

التعريف بالإلتزام العقدى

– سنوضح فى هذا المبحث التعريف بالإلتزام العقدي فى الفقه القانونى المدنى والفقه الإسلامى وذلك على الوجه الآتى :

١ـ أولاً : التعريف بالإلتزام فى الفقه القانونى المدنى :

يجب علينا قبل أن نتعرض إلى تعريف الالتزام العقدى أن نوضح تعريف القانون المدنى وتقسيماته ثم نتعرض بعد ذلك لتعريف الالتزام على الوجه الآتى :ـ

أ ـ أ ـ تعريف القانون المدنى وتقسيماته .

١ـ تعريف القانون المدنى .

إن القانون المدنى هو المصدر الأول للقانون الخاص، حيث يعتبر أصل القانون الخاص، ولذا يمكن تعريفه : « بأنه القانون الذى يحكم الروابط الخاصة بين الأفراد سواء كانوا أشخاص طبيعيين أم أشخاص معنوية خاصة ـ إلا مايدخل منها فى نطاق فرع آخر من فروع القانون الخاص»(١).

وهذه الروابط الخاصة التى تكون بين الأفراد قد تتعلق بالأحوال

---

(١) مثل قانون العمل، القانون الزراعى، القانون التجارى، المرافعات المدنية والتجارية، الدولى الخاص. أنظر د/ عبدالودود يحيى ، نظرية الإلتزام ص ٣ بدون سنة طبع

الشخصية، كما قد تتعلق بالروابط المالية أى الأحوال العينية، ولكن لاعتبارات دينية وتاريخية، أقتصر مجال تطبيق القانون المدنى على حكم الروابط المالية دون روابط الأسرة أى الأحوال الشخصية حيث تخضع الأخيرة لأحكام الشريعة الإسلامية بالنسبة للمسلمين، أما بالنسبة لغير المسلمين فتخضع لأحكام شريعتهم سواء كانت المسيحية أم اليهودية .

٢- تقسيمات القانون المدني :

أما بالنسبة لتقسيمات القانون المدنى فنجد أنه للاعتبارات السابقة أقتصر القانون المدنى على تنظيم العلاقات المتعلقة بالمال، وهو كل حق له قيمة مالية سواء كانت حقوق شخصية أم عينية. ومن هذا المنطلق نجد أن المشرع المصرى(١) قسم القانون المدنى المصرى على الوجه الآتى :

١- الباب التمهيدي .

« الأحكام العامة» قسمه إلى ثلاثة فصول . الأول تعلق بالقانون وتطبيقه سواء من حيث الزمان أم المكان . أما الثانى . فتناول فيه الأشخاص سواء كان الشخص الطبيعى أم الاعتبارى . والثالث : تناول فيه محل الحق وهو الأشياء والأموال .

٢- القسم الأول .

تناول فيه الإلتزامات أو مايطلق عليها « الحقوق الشخصية » وينقسم بدوره إلى كتابين : الأول : تناول النظرية العامة للالتزامات بوجه عام : حيث اشتمل على بيان أحكام ومصادر الالتزام : العقد - الارادة المنفردة العمل غير المشروع والإثراء بلا سبب والقانون .

كما أشتمل على آثار الالتزام « التنفيذ العينى التنفيذ بطريق التعويض - مايكفل حقوق الدائنين من وسائل تنفيذ ووسائل ضمان»

---

(١) وإن كنا نفضل إطلاق لفظ المنظم وليس المشرع لأن المشرع هو الله سبحانه وتعالى بما شرعه لنا من أحكام الشريعة الاسلامية فلا تشريع إلا ماشرعه الله سبحانه وتعالى . أما المنظم فهو يصدر القوانين لتنظيم المعاملات بين الناس فيما لم يرد فيه حكم شرعى تفصيلى من الكتاب أو السنة أو الإجماع أو القياس فى إطار السياسة الشرعية .
- انظر المدخل للسياسة الشرعية للدكتور / على عطوه. طبعة جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية.

واشتمل ايضاً هذا القسم على : الأوصاف المعدله لأثر الالتزام : الشرط والأجل - تعدد محل الإلتزام - تعدد طرفى الالتزام » .

– وأيضا اشتمل على انتقال الالتزام « حوالة الحق ، وحوالة الدين »

– وانقضاء الالتزام « الوفاء – انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء - انقضاء الالتزام دون الوفاء » .

وأخيراً تناول هذا القسم اثبات الالتزام .

أما الكتاب الثانى .

فتناول فيه الجانب التطبيقى للأحكام العامة للإلتزامات وهى « العقود المسماه » كالبيع والمقايضة والهبة والشركة والصلح والإيجار والعارية والمقاولة والعمل والوكالة والوديعة والحراسة وعقود الغرر « المقامرة والرهان والمرتب مدى الحياة » وعقد التأمين والكفالة .

٢– القسم الثانى :

تناول المشرع فى هذا القسم « الحقوق العينيـة » وهو ينقسم بدوره إلى كتابين : الأول : تناول فيه : الحقوق العينية الأصلية « الملكية وأسباب اكتسابها ، والحقوق المتفرعة عنها ، كحق الانتفاع والاستعمال والسكنى ، الحكر ، حق الارتفاق .

الثانى : اشتمل على « الحقوق العينية التبعية » كحق الرهن الرسمى ، الرهن الحيازى ، وحقوق الأمتياز وحق الأختصاص .

ومما سبق نجد أن النظرية العامة للألتزامات تشتمل على موضوعات القسم الأول « الكتاب الأول » وهى القواعد العامة التى تنظم الحقوق الشخصية أو الالتزامات أى تتضمن القواعد التى تحكم نوعى الحقوق التى ينظمها القانون المدنى .

٣- (ب) تعريف الالتزام(١).

لم يعرف المشرع المصرى الالتزام حيث ترك ذلك للفقه القانونى . ولقد أتجه الفقه المدنى إلى تعريف الالتزام بالنظر إلى جانب المدين بأنه « واجب قانونى يلتزام بمقتضاه شخص معين يسمى « المدين» بالقيام بأداء مالى لحساب شخص أخر معين أو قابل للتعيين يسمى « الدائن»(٢) .

ويمتاز التعريف السابق بأنه جعل الالتزام حالة قانونية، وليس رابطة بين شخصين وهو مايميز بين الالتزام، والعقد، ويستقيم هذا المعنى مع اعتبار الالتزام مقابلا للحق الشخصى، والذى يعتبر علاقة دائنيه بين شخصين أحدهما دائن والآخر مدين كما يمتاز هذا التعريف بأنه يوضح لنا أمكانية وجود الالتزام بمجرد تحديد شخص المدين دون حاجة إلى تحديد شخص الدائن بل يكفى أن يكون قابل للتعيين (٣).

- أما المشرع الفرنسى : فلم يتعرض لتعريف الالتزام بصفة أساسية مباشرة بل تناوله بالتعريف بمناسبة تعريفه العقد حيث أدمج كلا من العقد، والالتزام فى تعريف واحد فى المادة ١١٠١ مدنى فرنسى بقوله أن « العقد اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو أكثر نحو شخص أو أكثر بشئ أو القيام بعمل أو امتناع عن عمل » .

---

(١) انظر د/ عبدالرزاق السنهورى، الوسيط، المجلد الأول مصادر الالتزام ص ١٠٣ ومابعدها بند ١ ومابعده دار النهضة العربية - د/ محمد لبيب شنب ، دروس فى نظرية الالتزام ، مصادر الالتزام ص ٢ ومابعدها بندا ١ ومابعده طبعة ١٩٧٦/ ١٩٧٧م - د/ عبدالودود يحيى ، مرجع سابق، ص ٥ ومابعدها بند ٣ - د/ سليمان مرقس، الوافى فى شرح القانون المدنى ، ٢، الالتزامات ، المجلد الأول - نظرية العقد ص ١١ ومابعدها بند ٩ ومابعده - طبعة ١٩٨٧ - د/ عبدالناصر العطار، مصادر الالتزام ص٥ ومابعدها بندا ١ ومابعده طبعة ١٩٩٠م د/ توفيق حسن فرج، والنظرية العامة للالتزامات نظرية العقد طبعة ١٩٦٩م - د/ اسماعيل غانم - النظرية العامة للالتزام طبعة ١٩٦٨ج١ ص ٢٠ - د/ أحمد سلامة مذكرات فى نظرية الالتزام ج١ طبعة ١٩٧٥م ص ٣٧.

(٢) تضمنت المادة ١٢١من المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الحالى تعريف الالتزام بأنه « حالة قانونية» بمقتضاها يجب على الشخص أن يُنقل حقاً عينياً أو أن يقوم بعمل أو أن يمتنع عن عمل»

(٣) انظر د/ سليمان مرقس ، الوافى ، مرجع سابق ، ص ٢١-٢٢ بند ١٥ .

ويؤخذ على النص السابق أنه خلط بين العقد والالتزام لأن العقد ينشئ التزاماً في حين أن الالتزام ليس رابطه أو علاقة قانونية، إنما هو واجب على المدين ينشأ نتيجة الرابطة التى كانت أو ستكون بينه وبين الدائن. حيث تدخل الرابطة ضمن مصادر الالتزام، وليست هى جوهر الالتزام، ولايصح أن يكون تعريف الشئ ومصدره تعريفاً واحداً[١] .

٤- « خصائص الالتزام».

يمكن لنا أن نستخلص خصائص الالتزام من تعريف الفقه المدني السابق على الوجه الآتي .

أ- الالتزام واجب قانوني : بمعني أن القانون يحمي الالتزام ويعتد به، ووسيلته في ذلك الدعوى التي يعطيها القانون لصاحب الحق لكي يجبر المدين بالالتزام بتنفيذه جبراً إذا لم يقم بتنفيذ التزامه أختياراً، ويعبر عن ذلك بأن الالتزام يتكون من عنصرين هما : **عنصر المديونية** : وهو الدين الذي في ذمة المدين، **وعنصر المسئولية** : وهي قدرة الدائن علي إجبار مدينه على القيام بتنفيذ التزامه اذا لم يقم به أختياراً وطواعية[٢] . واذا انتفى عنصر المسئولية بمعنى الا يكون للدائن إجبار المدين على الوفاء بدينه إن امتنع عنه، فلا نكون بصدد التزام مدني بالمعنى الدقيق بل نكون بصدد التزام طبيعي أو واجب أخلاقي أو ديني .

ب - الالتزام واجب قانوني يقع علي عاتق شخص معين.

لكي نكون بصدد التزام يجب أن يتحمل القيام بالواجب القانوني شخص معين يدعى المدين بالالتزام، ولابد من تعيين شخص المدين عند نشوء الالتزام بعكس الدائن فلا يشترط تعيينه عند إنشاء الالتزام، فيكفي أن يكون قابلا للتعيين في المستقبل عند إنشاء الالتزام بل فقط يجب أن يكون الدائن معينا عند تنفيذ الالتزام .

---

(١) د/ عبدالناصر العطار، مرجع سابق ، ص ٥/٦ هامش (٢) د/ سليمان مرقس، مرجع سابق ، الوافي ص ١٢ بند ١٠.

(٢) د/ محمد لبيب شنب ، مرجع سابق ، ص ٣/٤

حـ - إن مضمون الالتزام هو القيام بأداء مالي .

وهذا الأداء إما أن يكون نقل حق إلى دائن كما فى التزام البائع بنقل ملكية الشئ المبيع إلى المشترى، كما قد يكون مضمون الالتزام المالى القيام بعمل كالقيام بإقامة بناء أو ترجمة، وقد يكون مضمون الحق المالى الأمتناع عن عمل معين كأمتناع العامل عن منافسة صاحب العمل أو امتناع العامل عن أفشاء أسرار رب العمل.

- والالتزام المدنى فى هذا يختلف عن غيره من الواجبات القانونية غير المالية، كالواجبات الناشئة عن علاقة الأسرة كواجب الابن نحو أبيه، وواجب الزوجه نحو زوجها فهى واجبات قانونية ولكنها لاتخضع لقواعد الالتزامات(١) .

- هذا ويشترط فى الأداء المالى أن يكون مقوماً، أى يمكن تقديره بالنقود، أما إذا كان الأداء المالى غير قابل للتقويم أى لايمكن تقويمه بالنقود فلم نكن بصدد التزام، بالمعنى المقصود فى القانون المدنى، فلا يكفى أن نكون بصدد واجب قانونى فقط بل يجب أن يكون محل هذا الواجب القانونى هو أداء مالى يمكن تقويمه بالنقود، فهناك واجبات قانونية يتحملها الشخص ومع ذلك فلا تخضع فى حكمها للقواعد العامة للالتزامات، فهى ليست التزامات مدنية، كالواجب القانونى بأداء الخدمة العسكرية وكواجب تربية الأطفال(٢).

٥- تعريف الالتزام فى الفقه الإسلامى .

إن فقهاء المذاهب فى الفقه الإسلامى قد درجوا على استخلاص الأحكام الفردية لأحوال الناس، وأقتصروا على الفروع والجزئيات دون بناء

---

(١) د/ عبدالودود يحيى، مرجع سابق ، ص ٥.

(٢) د/ محمد لبيب شنب ، مرجع سابق ص ٥.

نظريات عامة، ولذا لم يعرف فقهاؤنا الأوائل الالتزام ولم تبن الأحكام على النظريات(١). إلا أن الفقهاء عرفوا فكرة الالتزام وكانت لها تطبيقاتها العديد، في كتب الفقه، ولذا نجد أن جانب من الفقه عرَّف الالتزام بأنه « إلزام الشخص نفسه شيئاً من المعروف مطلقا أو معلقاً على شئ بمعنى العطية»(٢).

ولقد اتجه الفقه الحديث إلى تعريف الالتزام بأنه « التصرف الذى يتضمن الالتزام بانشاء حق من الحقوق أو نقله أو تعديله أو انهائه سواء كان صادراً من شخص واحد كالوقف أم من شخصين كالبيع ونحوه »(٣).

ويلاحظ من التعريف السابق أنه قد عرَّف الالتزام بأنه تصرف والتصرف أوسع دائرة من الالتزام فكل التزام تصرف وليس العكس، لأن التصرف وفقاً لتعريف الفقه له بأنه « مايصدر عن الانسان من قول أو عمل ويرتب عليه الشارع أثراً من الآثار سواء أكان ذلك متضمنا إرادة إنشاء حق من الحقوق مثل انشاء حق البيع والوقف، أم لا ـ مثال الإقرار بحق من الحقوق ـ ، وسواء أكان الأثر المترتب فى صالح من صدر عنه القول أو العمل كالبيع والإجاره ـ أم فى صالح غيره ـ كالوقف والوصيه والابراء من الدين، أو كان فيه ضررا له ـ كالسرقة والقتل ـ فإن الشارع يرتب على كل منهما الجزاء الرادع لمن صدر عنه »(٤).

وقال الإمام محمد أبو زهرة : الأهلية فى الشريعة الإسلامية هى صلاحية الشخص للالزام والإلتزام »(٥).

---

(١) انظر د./ احمد محمد محمود ابو سعدة، أحكام الالتزام فى الفقه الإسلامي ـ رسالة دكتوراه جامعة الأزهر كلية الشريعة والقانون بالقاهرة سنة ١٤١٠هـ / ١٩٩٠م ص ٢٤ـ د/ طلبه وهبه خطاب، أحكام الالتزام بين الشريعة والقانون ص ٥ طبعة دار الفكر.

(٢) انظر فى القول بهذا التعريف الإمام الخطاب الفقيه المالكى ـ تحرير الكلام فى مسائل الالتزام ص ٦٨.

(٣) انظر د/ عيسوى أحمد عيسوى ، المدخل للفقه الاسلامى ص ٢٧٧، ٢٧٨ مكتبة وهبه طبعة ١٩٦٨م

(٤) انظر د/ عيسوى احمد عيسوى ، مرجع سابق ص ٢٧٧.

(٥) انظر د/ محمد أبو زهرة نظرية العقد فقرة ١٥٤ ص ٢٠٢

كما عرَّف الذمة الدكتور عبدالرزاق السنهورى بأنها « وصف شرعى يفترض الشارع وجوده فى الانسان، ويصير به أهلا للإلزام والالتزام »(١) .

ويستخلص مما سبق أن الالتزام : هو انشغال الذمه اختياراً بالعقد أو الإرادة المنفردة .

أما الالزام : فهو الاثر الذى يرتبه الحكم الشرعى بصرف النظر عن إرادة الملتزم .

٦- المذهب الشخصى والمذهب المادي للالتزام (٢).

أ- المذهب الشخصى للالتزام.

يعتمد فى وجود الالتزام على الرابطة الشخصية بين طرفيه، حيث يرى هذا المذهب أن الالتزام لايمكن وجوده إلا بوجود طرفيه الدائن والمدين، وتعيين كل منهما بذاته، وبالتالي فوفقاً لهذا المذهب فإن الالتزام لايوجد بعد نشأته إلا اذا بقى طرفيه « الدائن والمدين» وأشهر من قال بهذا المذهب الفقيه الألمانى سافينى « Saviny».

٧- المذهب المادى للالتزام.

أنصار هذا المذهب غلَّب الجانب المالى على العنصر الشخصى فى الالتزام، حيث يرون أن جوهر الالتزام هو محله أو موضوعه، أما الناحية الشخصية فى الالتزام ليست لها إلا منزلة ثانوية، وأن الأهمية الأولى فى الالتزام تكمن فى الأداء الذى يلتزم به المدين، والمنفعة التى يحصل عليها الدائن من هذا الأداء حيث تعتبر المنفعة عنصراً من الذمة المالية (٣). وقال بهذا المذهب الفقيه الألمانى وعلى رأسهم جييرك (Gierke).

---

(١) د/ عبدالرزاق السنهورى ـ مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ح ١ ص ٢٠

(٢) انظر د/ عبدالودود يحيى ، مرجع سابق ص ٦/٧ بند ٤ د/ عبدالرزاق السنهورى، الوسيط المجلد الأول ص ١٠٦ ومابعدها بند ٦ ومابعده ـ د/ عبدالناصر العطار، مرجع سابق ، ص ١٠،٩ بند ٤

- د/ محمد لبيب شنب ، مرجع سابق ص ٦ ـ د/سليمان مرقس ، الوافى ، مرجع سابق ص ١٥،١٤ بند ١٣،١٢

(٣) د/ سليمان مرقس ، الوافى ، مرجع سابق، ص ١٥-١٦ بند ١٣.

٧- هذا ويترتب على الأخذ بالمذهب المادى بعض النتائج العملية والتى تساير التطور الاقتصادى فى المجتمع الحديث، والتى من شأنها أن تبسط المعاملات في المجتمع وهى :-

أ- إن الأخذ بالنظرية المادية فى الالتزام يبرر لنا أمكانية تغيير شخص الدائن عن طريق حوالة الحق أو تغيير شخص المدين عن طريق حوالة الدين. وذلك دون أن تكون فى حاجة إلى تغيير الالتزام. وقد طبق ذلك القانون المدنى حيث أخذ بحوالة الحق فى المواد من ٣٠٣ حتى ٣١٤ من القانون المدنى، وكذلك بحوالة الدين فى المواد من ٣١٥ حتى ٣٢٢ مدنى مصرى .

ب - كما أن فى الأخذ بالنظرية المادية فى الالتزام مايبرر لنا أمكانية انشاء الالتزام دون تحديد شخص الدائن وقت انشائه بل يكفى أن يكون قابلا للتعيين فى المستقبل بعكس الحال عند الأخذ بالنظرية الشخصية والتى تجعل جوهر الالتزام هو الرابطة الشخصية بين الدائن والمدين.

ولقد أخذ القانون المدنى بذلك حيث نص على امكانية وجود الالتزام دون حاجة إلى تحديد شخص المدين وقت وجوده، وذلك عندما نظم الوعد بجائزة فى المادة ١٦٢ مدنى مصرى حيث ينشأ الالتزام بالارادة المنفردة من قبل الواعد دون وجود دائن معين. وأيضا فى مجال تطبيق القانون المدنى للنظرية المادية نجد أنه طبقها أيضا عندما نظم الاشتراط لمصلحة الغير وبالذات فى عقد التأمين عندما يؤمن الشخص على حياته لصالح أولاده، ولم يكن له أولاد عند ابرام عقد التأمين، وفى هذه الصورة ينشأ الالتزام من قبل شركة التأمين دون وجود دائن معين، ولكنه قابل للتعيين فى المستقبل ، كما أخذ القانون التجارى المصرى بالمذهب المادى عندما نظم السند لحامله[1] حيث يلتزم الساحب لدائن غير معروف يطلق عليه المستفيد

---

(١) السند لحامله هو صك محرر وفقا لأوضاع معينة نص عليها القانون ، يتضمن تعهدا من الساحب ، محرره ، بالوفاء بمبلغ معين لشخص أخر هو المستفيد .

فى السند لحامله ، وهذا لايمكن تفسيره إلا في إطار الأخذ بالنظرية المادية للالتزام .

وإذا كان القانون المدنى المصرى قد أخذ بتلك النتائج السابقة فى إطار المذهب المادى إلا أنه لم يهجر فى نفس الوقت المذهب الشخصى حيث رتب عليه كثير من آثاره، حيث لايزال الالتزام رابطة بين شخصين هما الدائن والمدين ولاتزال لشخصيتهما أثر كبير في تكوين الالتزام وتنفيذه حيث يستلزم تنفيذ الالتزام ضرورة وجود طرفى الالتزام وقت تنفيذه(١).

٨ - عناصر الالتزام:

يتكون الالتزام من عنصرين : -

الأول : عنصر المديونية .

ويقصد به الديون التى تثبت فى ذمة المدين - سواء كانت ايجابياً كالوفاء بمبلغ القرض أم سلبياً : كالالتزام بعدم المنافسة والتى انشغلت بها ذمته ويجب عليه الوفاء بها ، حيث لاتبرأ ذمة المقترض إلا بالوفاء بمبلغ القرض أو الأمتناع عن المنافسة إلى الأجل المضروب .

الثاني عنصر المسؤولية .

وهى قدرة الدائن على أجبار المدين بالوفاء بما التزم به وذلك عن طريق الدعوى، حيث يمكن للدائن عن طريق الدعوى استصدار حكم من القاضى يجبر بمقتضاه على الوفاء بما التزم به ، وقد نصت على هذا العنصر المادة ٩٩ من القانون المدنى المصري بقولها ١ - ينفذ الالتزام جبراً على المدين . ٢ - ومع ذلك اذا كان الالتزام طبيعياً فلا جبر فى تنفيذه » .

وإذا ما أجتمع عنصرا الالتزام أى عنصر المديونية، وعنصر المسؤولية فى التزام ما كنا بصدد التزام مدنى، أما إذا انتفى عنصر المسؤولية فى الالتزام كنا بصدد التزام طبيعى.

---

(١) د/ عبدالرزاق السنهورى ، الوسيط . المجلد الأول ص ١١١ بند ١١

المبحث الثانى

انواع الالتزامات(١)

٩- إن الالتزام واجب قانونى فى جميع صوره المختلفة، ويمكن لنا القول بأن الالتزامات تختلف فى صورها عن بعضها البعض الأمر الذى ترتب عليه أختلاف الأحكام المنظمة لكل نوع، ولذا سنشير إلى أهم هذه الصور بحسب اعتباراتها المختلفة على الوجه الآتى .

١٠- أ - تنقسم الالتزامات من حيث دور الارادة فيها الى . - التزامات ارادية وأخرى غير ارادية :

وهذا التقسيم ينبنى على مصدر الالتزام أى الواقعة التى تنشئ الالتزام فإذا كانت للإرادة دور فى إنشاء الالتزامات وفى ترتب آثارها كنا بصدد التزامات ارادية. أما إذا كان للارادة دور فى إنشاء الالتزام فقط دون ترتب آثاره أو لم يكن لها دور فى إنشائه وفى ترتب آثاره أى ترتيب آثاره دون تدخل من إرادة ذوى الشأن بل القانون هو الذى يرتب الآثار المتعلقة بالالتزام فإننا نكون بصدد التزام غير إرادى .

ومن أمثلة الالتزامات الإرادية : أى التي يكون للإرادة دور فى النشأة والآثار العقد ، والإرادة المنفردة. أما الإلتزامات غير الإرادية فهى : العمل غير المشروع، الإثراء بلا سبب، والقانون.

١١- ب - تقسيم الالتزامات من حيث محلها.

تنقسم الالتزامات من حيث محلها إلى التزامات ايجابية (الالتزام بإعطاء شئ أو أداء عمل) والتزامات سلبيه (الالتزام بامتناع عن عمل) ، ويمكن توضيحها على الوجه الآتى :-

---

(١) انظر د/ سليمان مرقس، الوافى مرجع سابق ، المجلد الأول ٢- ص ٢٤ ومابعدها بند ١٦ ومابعده د/ محمد لبيب شنب ، دروس ، مرجع سابق ، ص ٧ ومابعدها بند ٢ ومابعده د/ عبدالودود يحيى ، مرجع سابق، ص ٧ ومابعده بند ٥ ومابعده .

أ- الالتزام بانشاء : ويقصد به التزام المدين ، بنقل أو إنشاء حق عينى أصلى ومثاله : التزام البائع بنقل ملكية الشئ المبيع إلى المشترى أو حق عينى تبعى ومثاله : التزام مالك العقار (المدين الراهن) بانشاء رهن على عقاره لمصلحة الدائن المرتهن .

١٣- ٢- الالتزام بعمل (الالتزام الايجابى)

وفيه يلتزم المدين بالقيام بأداء عمل معين لمصلحة الدائن دون أن يتضمن هذا العمل نقل حق عينى، ومثاله : التزام العامل بأداء العمل المتفق عليه فى عقد العمل لمصلحة رب العمل، والتزام المقاول باقامة البناء لمصلحة رب العمل، والتزام الوكيل بأبرام تصرف قانونى لحساب الموكل، والتزام الطبيب بوصف الدواء للمريض، ويطلق على الالتزام بعمل كما سبق الذكر، الالتزام الايجابى .

- هذا وينقسم الالتزام بعمل إلى نوعين : الالتزام بنتيجة أو غايه . والالتزام ببذل عنايه .

١٤- أ . الالتزام بنتيجه.

حيث يكون الأداء المطلوب من المدين هو تحقيق غاية أو نتيجة معينه، ومثاله : التزام البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشترى، والتزام المقاول بإقامة البناء لمصلحة رب العمل، بحيث لاينقضي التزام المدين تجاه الدائن إلا إذا تحققت النتيجة أو الغاية، أى بنقل ملكية الشئ المبيع إلى المشترى، وأقامة البناء وتسلمه من قبل صاحب العمل، فإذا لم تنتقل ملكية الشئ المبيع الى المشترى فلا يكون البائع موفياً بالتزامه، وإذا لم يقم البناء فإن المقاول لايكون موفياً بالتزامه، وبالتالى تتحقق فى جانب كل منهما مثلا المسؤولية، إلا إذا أثبت المدين السبب الأجنبى الذى لايد له فيه(١).

---

(١) انظر بحثنا « السبب الأجنبى وأثره فى تنفيذ الالتزام فى القانون المدنى (دراسة مقارنه بالفقه الاسلامى » دار النهضة العربية طبعة ١٩٩٨م.

١١ - ب - الالتزام ببذل عناية.

حيث لايكون الأداء المطلوب من المدين هو تحقيق غاية أو نتيجة معينه، ولكن يكون المطلوب من المدين هو بذل عناية أو جهد معينين.

كما في التزام الطبيب مثلا ببذل عنايه معينه في وصف العلاج للمريض دون أن يكون ملتزماً بتحقيق الشفاء له لأن الشفاء في هذه الحالة من عندالله سبحانه وتعالى، وكذلك التزام المحامى ببذل عناية معينه في الدفاع عن موكله دون أن يلتزم بالحصول على البراءة لأنها من سلطة المحكمة، فإنه متى بذل الطبيب والمحامى العناية المطلوبة منه أعتبر موفيا بالتزامه ولو لم تتحقق النتيجة التى يستهدفها الدائن من وجود الالتزام هذا والعناية المطلوبة من المدين تتحدد بالعناية التي يبذلها الشخص المعتاد في الوفاء بالتزامه مالم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك، ولكن في حالات معينه قد يتطلب القانون ببذل عناية أكبر من عناية الرجل المعتاد، وذلك في حالة المستعير مثلا فإذا كان المستعير قد أعتاد أن يبذل في المحافظة على أشيائه المملوكه له عناية تزيد على العناية التى يبذلها الشخص المعتاد فانه يلتزم أن يبذل في المحافظة على الشئ المعار ذات العناية التى يبذلها في المحافظة على ماله (م ٦٤١ مدنى مصرى) وعلة ذلك أن المستعير ينتفع بالشئ بلا مقابل.

أما في الوديعة بدون أجر إذا كان المودع لديه يبذل عناية أقل من عناية الشخص المعتاد في المحافظة على أشيائه المملوكه له، فانه يلتزم بأن يبذل العناية التى يبذلها في أعماله الخاصة (م ٧٠٤ مدنى مصرى) لأنه في حالة الوديعة بدون أجر يكون متفضلا بعمله.

١٢ - جـ - ضابط التمييز بين الالتزام بنتيجة والالتزام ببذل عناية.

لمعرفة ما إذا كان الالتزام بنتيجة أو ببذل عناية فإنه يرجع إلى مصدره أى إلى الواقعة التى أنشأت الالتزام . وإذا كان مصدر الالتزام هو القانون تعين الرجوع إلى النص لمعرفة طبيعة الالتزام، وإذا كان مصدره العقد، فإنه يجب الرجوع الى العقد لمعرفة مقصد المتعاقدين في هذا الشأن

حيث يكون لإرادة المتعاقدين أثراً فى انشاء الالتزام وفى ترتيب اثاره، وبالتالى يستطيع المتعاقدان بمالهما من سلطان الإرادة أن يتفقا على طبيعة الالتزام سواء كان بنتيجة أو ببذل عناية .

أما فى حالة الشك . فإن ضابط التمييز يكون بالرجوع إلي غاية أى هدف الدائن من وراء إنشاء الالتزام والمحل الذى التزم به المدين، فإذا تطابقت غاية أى هدف الدائن من إنشاء الالتزام مع محل التزام المدين كنا بصدد التزام بتحقيق نتيجة فمثلا هدف صاحب العمل فى ابرام عقد مقاولة البناء هو قيام المقاول بانشاء أى بإقامة البناء، ومحل التزام المقاول فى العقد هو إقامة البناء وبالتالى فيكون هدف الدائن ومحل التزام المدين متطابقين ولذا فإن طبيعة هذا الالتزام إنما يكون التزام بتحقيق نتيجة.

أما إذا أختلف هدف الدائن من إنشاء الالتزام مع محل التزام المدين ولكن في الغالب قد يؤدى التزام المدين إلى تحقيق هدف الدائن فإننا نكون بصدد التزام ببذل عناية ومثال ذلك : عقد العلاج الطبى فإن هدف المريض من إبرام عقد العلاج الطبى مع الطبيب هو الشفاء من المرض، ومحل التزام الطبيب هو وصف الدواء الذى قد يودى فى الغالب إلى الشفاء لأن الشفاء من عند الله سبحانه وتعالى فقد يتحقق وقد لايتحقق، ولذا فإن التزام الطبيب يكون ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة نظرا لعدم اتفاق هدف الدائن بالالتزام (المريض) مع محل التزام المدين بالالتزام (الطبيب).

١٧-٣- الالتزام بالامتناع عن عمل (الالتزام السلبى)

وقد يكون الالتزام إمتناعاً عن عمل، وبالتالى يلتزم المدين بعدم القيام بعمل كان يستطيع القيام به لولا وجود هذا الالتزام، فإذا قام به مخالفاً لذلك الاتفاق والذى ينص على أمتناعه عن القيام به كان مخلا بالتزامه ومثال ذلك .

التزام العامل بعدم افشاء أسرار صاحب العمل ، وأيضا التزامه بعدم منافسة رب العمل أثناء العمل لديه وأيضا التزام الممثل بالأمتناع عن التمثيل على مسرح آخر منافس طوال فترة عرض المسرحية الملتزم بالتشخيص فيها.

فإذا قام العامل بافشاء أسرار رب العمل أو منافسة رب العمل أو قام الممثل بالتشخيص علي مسرح آخر كان ذلك إخلالا بالالتزام يستوجب تحقيق المسئولية تجاهه، إلا إذا أثبت السبب الأجنبي الذي لايد له فيه (القوة القاهرة، أو الحادث المفاجئ، أو خطأ المضرور، أو خطأ الغير).

١- حـ- تقسيم الالتزام من حيث الأجبار على تنفيذه إلى : التزام مدنى والتزام طبيعى .

أ- الالتزام المدنى :

هو الالتزام الذى يمكن فيه جبر المدين علي تنفيذه تنفيذا عينياً أو بمقابل، ويمعنى أن الالتزام المدنى هو الذى يتوافر فيه عنصرين الأول .

عنصر المديونية :

وهى محل الالتزام الذي يلتزم المدين بأدائه أو بالأمتناع عنه أى هو الواجب الذى يفرض على المدين القيام بأداء معين سواء كان ايجابياً أو سلبيا لمصلحة شخص آخر هو (الدائن).

الثانى . عنصر المسئولية :

أى العنصر الذى يعطى الدائن سلطة أمكان إجبار المدين على تنفيذ التزامه عيناأو بمقابل بمقتضى مسئولية المدين عن الوفاء بما هو ملتزم به .

٢ - الالتزام الطبيعي :

هو التزام قانوني وليس مجرد التزام أدبي، لأن القانون يرتب عليه أثراً فإذا قام المدين بالوفاء به للدائن إختيارياً فلا يستطيع أن يسترد ما وفاه استناداً إلي انتفاء عنصر المسئولية، ولأن الالتزام الطبيعي هو التزام لايتوافر فيه عنصر المسئولية، بل يتوافر فيه عنصر المديونية فقط ولذا لايمكن إجبار المدين على التنفيذ ولكن اذا وفى اختيارا، فإن وفاءه يكون صحيحا، ولايجوز للمدين الموفى أن يسترد ماوفاه للدائن.

ومثال الالتزام الطبيعي . الالتزام الذى سقط بالتقادم .

- والأصل فى الالتزام المدنى :

كما ذكرنا هو توافر عنصر المديونيه والمسئولية ولكن قد توجد المديونيه دون المسئولية كما فى الالتزام الطبيعى السابق . كما قد توجد المسئولية بغير مديونية ذاتيه : حيث يكون الشخص مسئولاً عن دين لاتنشغل به ذمته ، ومع ذلك يجبر على الوفاء به مثل مسئولية الكفيل عن الوفاء بدين المدين المكفول، وأمكانية أجباره على ذلك رغم أنه ليس مدينا شخصياً بهذا الدين(١).

---

(١) د/ عبد الودود يحيى ، مرجع سابق ، ص ٨-٩

المبحث الثالث
مصادر الالتزام

١- يقصد بمصدر الالتزام : الواقعة المنشئة له أي الواقعة التي يرتب عليها القانون أثراً معينا هو نشوء ذلك الالتزام، كعقد البيع يرتب في ذمة البائع التزام بنقل ملكية الشئ المبيع وتسليمه، ويرتب في ذمة المشترى التزام بدفع الثمن إلى البائع ومصدر الالتزام هنا هو عقد البيع.

وكانت النظرية التقليدية تعزو مصادر الالتزام إلى خمسة مصادر هي.

١- العقد : هو توافق ارادتين بقصد إحداث أثر قانوني، كعقد الهبة، وعقد البيع .

٢- شبه العقد : وهو عمل اختيارى مشروع يترتب عليه نشوء التزام نحو الغير مثل عمل الفضولي .

٣- الجريمة : هو فعل يصدر من الشخص يقصد به الاضرار بالغير، وبالتالى يلتزم بالتعويض « فكل خطأ سبب ضرراً للغير يلتزم من ارتكبه بالتعويض » .

٤- شبه الجريمة : هو فعل ضار صادر من الشخص، ولكن فاعله لايقصد النتيجة بعكس الجريمة، فالفاعل يقصد الفعل والنتيجة، أما في شبه الجريمة فالفاعل وإن كان يقصد الفعل الضار، ولكنه لايقصد النتيجة .

٥- القانون : فهو مصدر مباشر للالتزام في حالات معينه مثل الالتزام بالنفقة والتزامات الجوار (١) .

٢- ولكن وجه التقسيم السابق نقد يتمثل في أن تقسيم العمل غير المشروع إلى جريمة وشبه جريمة تقسيم غير عملي، لأن التعويض عن العمل غير المشروع وتحديد مقداره، لايختلف سواء كان العمل غير المشروع عمدياً أو غير عمدى(٢)، وقد انتقدت باقي المصادر من حيث التسمية والمدلول، وبناء

---

(١) د/ عبدالودود يحيى ، مرجع سابق ، ص ١٢.

(٢) د/ عبدالودود يحيى ، مرجع سابق ص ١٣.

على هذا النقد حدد جوسران مصادر الالتزام بأربعة مصادر هى(١).

أ- العـقـد : هو توافق ارادتين علي احـداث أثر شـرعى أو قـانونى كـعـقـد الزواج، عقد البيع، وعقد الايجار .

ب - العمل غير المشروع :

وهو الخطأ الذى يصدر من الشخص، ويترتب عليه ضرر يلحق بالغير، فيلتزم الفاعل بتعويض الضرر.

حـ - الإثراء بلا سبب .

وهى واقـعـة يترتب عليـهـا اثراء شـخص على حـسـاب آخـر فـيلتـزم المشترى بتعويض المفتقر بقدر افتقاره، أو بقدر ماعاد عليه من اثراء أيهما أقل.

د- القـانون :

وهو مـصـدر مـباشـر للالتزام فى حـالات لايمكن رد الالتـزام فـيـهـا إلى أحـد المصـادر السـابقـة مثل : الالتـزام بدفـع النفقـة، والتـزامـات الجـوار وهـذا الترتيب هو الذى أخـذ به القـانون المدنى المصـرى حـيث تنـاول فى فـصـول مـتـتـالية العـقـد، والأرادة المنفـردة، والعمل غـيـر المشروع، والإثراء بـلا سـبب، والقانون وسيكون تناولنا لمصادر الالتزام وفقاً لهذا الترتيب وهو : -

١- العقد

٢- الارادة المنفردة .

٣- العمل غير المشروع

٤- الاثراء بلا سبب

٥- القانون

وذلك فى أبواب على الوجه الآتى .

---

(١) Louis Josserand : Cours de droit civil positif Françauis - Paris 1939 - P. 8.

الباب الأول
العقد

٢١- سنتناول فى هذا القسم العقد فى بابين الأول: أركان العقد والثانى: أحكام العقد وذلك على الوجه الاتى :

الباب الأول
أركان العقد

٢٢- سنوضح فى أركان العقد : تعريف العقد، ومبدأ سلطان الارادة، وتقسيمات العقود، ثم نعقب ذلك ببيان انعقاد العقد.

وذلك فى فصول على الوجه الآتى :

الفصل الأول

تعريف العقد، ومبدأ سلطان الارادة، وتقسيمات العقود.

٢٣- سنوضح تعريف العقد، ومبدأ سلطان الارادة، وتقسيمات العقود وذلك فى مباحث ثلاثة على الوجه الآتى :

المبحث الأول
تعريف العقد

٢٤- يطلق العقد لغة على : الربط والإحكام والتقوية سواء أكان ذلك من الأمور المحسوسة أم من الأمور المعنوية، يقال : عقد الحبل إذا جمع طرفيه وربط أحدهما بالآخر فالعقد عند علماء اللغة يشمل كل مافيه معنى الربط والتوثيق والالتزام من جانب واحد أو من جانبين (١).

---

(١) انظر مختار الصحاح - مادة عقد ص ٧٤٤ المصباح المنير ج٢ ص ٥٧٥ - المعجم الوسيط ج٢ ص ٧٢٦ مادة عقد طبعة مجمع اللغة العربية .

٢٥- ولقد ذهب الفقه القانونى(١) إلي تعريف العقد اصطلاحاً بأنه « توافق إرادتين بقصد احداث أثر قانونى ».

سواء كان هذا الأثر هو إنشاء التزام كالبيع أو نقله كالحواله، أو تعديله كالأجل والشرط أو انقضائه كالوفاء الذى ينقضى به الالتزام.

٢٦- هذا ويفرق بعض الشراح وبعض التشريعات بين العقد والاتفاق على أساس أن الاتفاق جنس، والعقد نوع، حيث يرون أن الاتفاق هو توافق ارادتين على إنشاء التزام أو نقله فقط، أى أن العقد أخص من الاتفاق، وهذا التمييز ليس له أهمية عملية. ويذهب الرأى لدى الفقهاء إلى اعتبار اصطلاح الاتفاق مرادفاً لاصطلاح العقد، وإن كان القانون المدنى الفرنسى قد أخذ بهذه التفرقة حيث عرف العقد بأنه « اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص اخرين باعطاء شئ أو بفعله أو بالأمتناع عن فعله » . فالعقد بمقتضى هذا التعريف اتفاق ينشئ التزاماً فهو نوع والاتفاق جنس له(٢) .

أما الفقه الفرنسى فقد ذهب عكس ما ذهب اليه القانون الفرنسى من اعتبار العقد نوع والاتفاق جنس له، حيث يرفض التمييز بين الاتفاق والعقد ويعتبرهما مترادفان ولا تفرقه بينهما (٣).

٢٧- ويمكن لنا أن نستخلص من التعريف السابق للعقد أنه لكى نكون بصدد عقد يخضع لأحكام النظرية العامة للالتزامات يجب أن تتوافر الخصائص الآتية .

(١) انظر د/ عبدالناصر العطار، مصادر الالتزام ص ١٢ ومابعدها ـ د/ محمد لبيب شنب، دروس فى نظرية الإلتزام ص ٢٢ ومابعدها ـ د/ عبدالودود يحيى، نظرية الالتزام ص ١٦ ومابعدها د/ عبدالرزاق السنهورى، الوسيط، المجلد الأول ص ١٣٧ ومابعدها بند ٣٦ ومابعده دار النهضة العربية د/ سليمان مرقس ، الوافى فى شرح القانون المدنى المجلد الأول ص ٥٤ ومابعده بند ٣٠ الطبعة الرابعة ١٩٨٧.

(٢) د/ عبدالرزاق السنهورى ، الوسيط، مجلد أول ص ١٣٧ بند ٣٦ انظر غستان Ghestin شرح المدنى ج٢ فى العقد سنة ١٩٨٠ بند ٥.

(٣) انظر مازو . دروس فى القانون المدنى ج٢ المجلد الأول ص ٤٦.

أ- توافق ارادتان أو اكثر :

وهذا مايميز العقد عن التصرف القانونى بارادة منفردة كالوصية، والوعد بجائزة، حيث لايعتبر التصرف القانونى بالإرادة المنفردة عقداً .

ب - أن تتجه الإرادتان إلى إحداث اثر قانونى .

وإلا فلن نكون بصدد عقد، وعلى ذلك لايعتبر من قبيل العقد توافق إرادتين على حضور وليمة عشاء أو الذهاب لتعزية صديق لأنه ليس من شأن ذلك إنشاء أى واجب ملزم.

جـ- أن يكون توافق الارادتين فى نطاق القانون الخاص، وليس القانون العام، فالمعاهدة بين دولتين تخضع لأحكام القانون الدولى العام، وتولى الوظيفة العامة اتفاق بين الموظف والحكومة يخضع لقواعد القانون الادارى، ولايعتبر عقداً يخضع لقواعد الالتزامات التى تطبق على العقود، لأن طبيعة علاقة الموظف العام على الرأى الراجح أنما هى علاقة تنظيمية يحكمها قانون العاملين المدنين فى الدولة، وليست علاقة عقدية (١).

د- أن يكون الاتفاق بين طرفى العقد داخلاً فى دائرة المعاملات المدنية.

وعلى ذلك فعقد الزواج لايخضع لأحكام نظرية الالتزام بالرغم من أنه توافق ارادتين فى نطاق القانون الخاص، بل يخضع لأحكام الشريعة الإسلامية، لأنه يخرج عن دائرة المعاملات المالية .

٢٨ - تعريف العقد فى الفقه الإسلامى .

يطلق العقد فى لسان فقهاء الشريعة الإسلامية على معنيين :

أحدهما عام : وهو التصرف الذى ينشأ عنه حكم شرعى سواء صدر من شخص واحد كاليمين، والوقف، والوصية، أو من شخصين كالبيع، والإجارة، والرهن.

---

(١) انظر د/ عادل عبدالرحمن خليل ، النظام الإدارى السعودى، ص ٣١ ومابعدها.

ثانيهما خاص :

وهو الالتزام الصادر من طرفين متقابلين أو مايتم به هذا الالتزام من اللفظ أو مايقوم مقامه كالإشارة، والكتابة، والفعل. وعلى هذا المعنى تكون أفراد العقد هى : الالتزامات الشرعية التى تصدر من طرفين كالبيع والإجارة والرهن وما أشبه ذلك، أما الإلتزامات التى تصدر من طرف واحد كالطلاق المجرد عن المال والوقف والأبراء فلا تسمى عقداً بل تصرفاً أو التزاماً(١).

وعلى ذلك نجد أن الفقهاء يتفقون فى أن الالتزام الصادر من طرفين هو : عقد، ويختلفون فى الإلتزام الصادر من طرف واحد فبعضهم يطلق عليه عقداً، وبعضهم لايطلق عليه عقداً بل تصرفاً أو التزاماً .

والمعنى الثانى :

للعقد هو الشائع المشهور وهو المعنى الخاص للعقد وهو المتبادر عند الإطلاق (٢).

---

(١) انظر عيسوى أحمد عيسوى، المدخل للفقه الإسلامى، مرجع سابق ص ٢٧٦.

(٢) فتح القدير للكمال لابن الهمام ج٢ ص ٣٤١ ط مصطفى الحلبى- بدائع الصنائع للكاسانى ص ١٣٤ طبعة دار الكتاب العربى ببيروت- نظرية العقد للشيخ/ شوكت العدوى ص ٢٢١ مختصر أحكام المعاملات الشرعية للشيخ/ على الخفيف ص ٧١.

المبحث الثاني

مبدأ سلطان الأرادة(١)

٢٩- إن الإرادة تثبت للشخص المميز، وبالتالي تكون لديه القدرة على ابرام مايرضاه من العقود، وبالتالى فالإرادة وحدها تكفى لإنشاء الالتزام، ومقتضى هذا المبدأ تكون للإرادة القدرة على إنشاء الالتزام وكذلك تحديد الآثار المتعلقة بالعقد وإنهائه، وهذا المبدأ لم يكن معروفاً فى الماضى لأن العقود كانت تخضع لاجراءات شكلية عند ابرامها، وبالتالى فلم تكن الإرادة وحدها كافية لابرام العقد.

وقد شهد هذا المبدأ أزهى عصوره فى ظل المذهب الفردى في القرنين ١٩،١٨ الذى كان يقدس الحرية الشخصية، حيث أعطى للإرادة الحرية فى التعاقد أو الأمتناع عن التعاقد وجعل للإرادة الحرية فى تحديد مضمون وشكل العقد(٢)، أما القانون فيقتصر دوره على الاعتراف بالاثر الملزم لهذا العقد، وضمان تنفيذ ماينشأ عنه من التزامات، لأن هذه الالتزامات أساسها الرضاء والاختيار، وهذا يحقق العدالة .

٣٠ - نتائج الأخذ بالمبدأ .

أ- الالتزامات الإرادية هى الأصل .

بمعنى أن الانسان لايلتزم بحسب الأصل إلا بارادته الحره دون أن تفرض عليه التزامات رغم إرادته، وبالتالى فلا تفرض على الشخص التزامات غير ارادية إلا استثناء .

---

(١) انظر فى عرض ذلك د/ عبدالناصر العطار، مرجع سابق ، ص ١٤ ومابعدها بند ٧ - د/ عبدالودود يحيى ، مرجع سابق، ص ١٧ ومابعدها بند ١٥ - د/ محمد لبيب شنب ، مرجع سابق، ص ٢٧ ومابعدها بند ١٢ ومابعده .

(٢) د/ عبدالرزاق السنهورى ، الوسيط ، مجلد ١ ص ١٤١ ومابعدها بند ٤١ ومابعده .

ب - الحرية التعاقدية فى انشاء العقد وتحديد اثاره وانهائه .

بمقتضى هذا المبدأ فالاشخاص لهم الحرية فى ابرام مايشاءون من العقود فلهم أن يتعاقدوا أو لايتعاقدوا، وتكون للإرادة الحرية التامة فى تحديد التزامات العقد وانهائه، دون أن تكون تلك الإرادة فى قالب خاص أى فى شكل خاص مادام لاتخالف النظام العام .

حـ - احترام مشيئه العاقدين .

بمعنى أنه اذا ماتجهت ارادة العاقدين إلى انشاء العقد وتحديد اثاره فتجب أن تنفذ كما أراده العاقدان، ولذا فإن دور القاضى يكون عند تفسير العقد هو البحث عن حقيقة ارادة المتعاقدان، ولايحق للمشرع التدخل لتعديل ارادة المتعاقدين . وذلك إنطلاقا من مبدأ « أن العقد شريعة المتعاقدين » بمعنى أن العقد يلزم المتعاقدين كما يلزمهما القانون، فطالما تم الاتفاق بين الطرفين على إنشاء العقد وتحديد آثاره، فلا يستطيع أى منهما أن يتحلل بارادته المنفردة من تنفيذ العقد الذى أبرم بينهما، أو أن ينفرد بتعديل هذا العقد أو بإنهائه .

هذا وقد أصبح سلطان الارادة يقتصر دوره فى نطاق القواعد المكملة أى يحق للارادة أن تخالف القواعد المكملة دون القواعد الآمره فسلطان الارادة لم يعد مطلق النطاق بل اصبح مجال أعماله فى نطاق القواعد المكمله دون القواعد الآمره والتى لايحق للأطراف الاتفاق على مايخالف حكمها .

٣١ - نقد المبدأ .

اتجه جانباً من الفقه إلى انكاره الفكرة كلية وهى أن العقد يستمد قوته الملزمه من ارادة طرفيه بمالهما من سلطان ذاتي، وذهبوا الى القول بأن العقد يستمد قوته الملزمة من القانون، حيث يجعل القانون العقد ملزماً لأن فى هذا تحقيقاً لمصلحة المجتمع. وذلك لحاجة النشاط الاقتصادى اليها، كما أن استقرار التعامل فى المجتمع يقتضى أن يتدخل القانون لجعل العقد ملزماً والاترتب على خلاف ذلك انهيار المعاملات فى المجتمع.

ويختلف مدى انتقاص مبدأ سلطان الأرادة باختلاف الدول تبعاً لنظمها الأقتصادية حيث يقل دور المبدأ فى الدول الأخذة بالاتجاهات الاشتراكية، ولكنه يزداد مجاله دوره فى الدول ذات الأقتصاد الحر.

٣٢ - موقف الفقه الاسلامى من مبدأ سلطان الإرادة(١).

إن من المقرر بين فقهاء الشريعة أن الإرادة هى العامل الأول فى انشاء العقد ووجوده وتسمى فى الفقه بالقصد أو النية، ولما كانت هذه الإرادة من الأمور الباطنه التى لايعلم بها إلا صاحبها كانت فى حاجة إلى مايظهرها ويفصح عنها من قول أو فعل أو كتابة أو اشارة، وهو مايسمى فى الفقه بصيغة العقد.

فصيغة العقد على هذا هى:

مايصدر من المتعاقدين دالا على توجه ارادتهما لإنشاء العقد سواء أكان لفظاً، أم كتابه أم اشاره أم فعلا حيث تتكون هذه الصيغة من الايجاب والقبول معاً فى الالتزامات التى تتوقف على ارادة المتعاقدين - كالنكاح وسائر عقود المعاوضات المالية - وذلك لأن الرضا هو أساس التعاقد فى الفقه الاسلامى وهو سبب القوة الملزمة للعقد توجد بوجوده وتنتفى بانتفائه لقوله تعالى :{ ياأيها الذين آمنوا لاتاكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم }(٢).

وقوله صلى الله عليه وسلم : « لايحل مال أمرئ مسلم إلا بطيب من نفسه »(٣).

- وقد أختلف الفقهاء فى الاساس الذى تقوم عليه هذه الارادة (وهو الرضا والأختيار) حيث ذهب علماء الحنفية إلى أنهما شيئان متغايران ولا تلازم بينهما، ولكل منهما معنى يختلف عن الآخر . حيث يقصد بالأختيار :

---

(١) انظر فى عرض ذلك د/ عيسوى أحمد عيسوى ، مرجع سابق ص ٤٠٤ / ٤٠٥
(٢) سورة النساء آية ٢٩
(٣) رواه الدارقطنى ج٣ ص ٢٥، ٢٦.

القصد إلى النطق بالعبارة المنشئة للعقد سواء أكان ذلك عن رغبة في إنشائه أم لم يكن .

والرضا : هو الرغبة في آثر العقد عند التلفظ بمايدل على إنشائه ولذا فهم يرون أن الأختيار وحده يكفي في تكوين العقد وانعقاده، وأما الرضا : فهو شرط لصحة أكثر العقود وترتب الآثار عليها .

أما الجمهور : فيرى أن الرضا والأختيار أسمان لشئ واحد، وأنهما متلازمان لايوجد أحدهما بدون الاخر، فيعرفون الإختيار بأنه القصد إلى العبارة المنشئه للعقد بحيث تكون ترجمة عما في النفس ودليلاً على الرغبة في آثر العقد وهذا هو نفس الرضا.

– فالفقه الاسلامي يرى أن للإرادة أن تبرم ماترضاه من العقود، التي دائما ماتستند إلى سبب شرعي ولقد وضح الشرع لكل عقد حكماً خاصاً به .

المبحث الثالث

تقسيمات العقود[١]

تنقسم العقود باعتبارات متعدده على الوجه الاتى :-

٣٣- **أولاً : تنقسم العقود بحسب تنظيم أو عدم تنظيم المشرع لها إلى :-**

٣٤- **أ - عقود مسماه :** وهو العقد الذى وضع له المشرع اسماً خاصاً له ووضع أحكاما خاصه له، سواء فى القانون المدنى أو فى القوانين الأخرى .

والعقود المسماه التى نظمها المشرع كثيره منها مايرد على الملكية : كعقد البيع والمقايضه ومنها مايرد على العمل : كعقد المقاوله، وعقد العمل، وعقد الوكالة، ومنهامايرد على الانتفاع بالشئ : كالايجار والعارية، ومنها مايرد على التأمينات العينية والشخصية : كعقد الرهن الحيازى والرسمى وعقد الكفالة .

٣٥- **ب - العقود غير المسماة :** وهى العقود التى لم ينظمها المشرع سواء بوضع اسم لها أو أحكام خاصة لها : ومثالها العقد بين صاحب الفندق والنزيل، والعقد الذى يبرمه العميل مع صاحب مطعم، أو مقهى بقصد تناول طعام أو شراب، والاتفاق بين كلية طب وأحد المستشفيات على أن تضع المستشفى عدداً من الأَسِرة تحت تصرف الكلية للتعليم، والبحث الطبى.

- **والعقود المسماه :** تنطبق عليها الأحكام الخاصة التى وضعها لها المشرع سواء كانت آمره أو مكملة لإرادة المتعاقدين، ولايحتاج الأمر بالنسبة لها إلى تطبيق الأحكام العامة الواردة فى نظرية الالتزام بشأن

---

(١) د/ عبدالرزاق السنهورى، الوسيط - المجلد الأول ص ١٤٩ ومابعدها بند ٤٦ ومابعده د/ محمد لبيب شنب ، مرجع سابق ص ٣٧ ومابعدها بند ٢٢ ومابعده د/ عبدالودود يحيى ، مرجع سابق ص ١٨ ومابعدها بند ١٦ ومابعده د/ عبدالناصر العطا ، مرجع سابق ، ص ١١٤ ومابعدها بند ٥٧ ومابعده .

العقد عموماً إلا إذا لم توجد قاعدة خاصة بالعقد محل النزاع .

أما العقود الغير مسماة : فالمشرع لم يتناولها بالتنظيم الخاص، ولذا فإنها تخضع للقواعد العامة التي تنطبق على كل العقود، ولاتختص بعقد معين، وهي القواعد الواردة في مصادر الإلتزام « المواد من ٨٩ إلى ١٦١ من القانون المدني » وإذا لم تكف هذه القواعد فيمكن اللجوء إلى القياس بالمقارنه بينها وبين العقود المسماه التي تتفق معها في العلة . فعقد النزول في فندق وهو عقد غير مسمى يقترب من عقد الايجار، فيما يتعلق بالانتفاع بالغرفة التي يقيم فيها النزيل، ولذلك يمكن استعارة بعض قواعد الايجار لتطبق علي الالتزامات المتعلقة بهذا الانتفاع (١)، فالتزام المؤجر بتسليم المستأجر العين المؤجره في حالة تصلح معها لأن تفي بما أعدت له من المنفعة (م ٥٦٤ مدني)، وعليه فيلزم صاحب الفندق أن يسلم النزيل غرفة تصلح لإقامته ... الخ .

٣٦ - ثانياً ـ تقسيم العقود بحسب شروط تكوين العقد إلى (عقود رضائيه ، وعقود غير رضائية).

٣٧ - أ - العقود الرضائية : ـ

وهي التي يكفي لانعقادها تراضي الطرفين لانعقادها ، دون حاجه لأن يصب الرضا في قالب معين أي في شكل معين، والأصل في ابرام العقود هو الرضائية، بمعنى أن اعتبار العقد رضائيا لايحتاج إلى تصريح خاص في القانون بهذه الصفة، فيكفي لاعتبار العقد رضائيا ألا يتطلب القانون لانعقاده شكلاً أو اجراءاً خاصاً، ومن أمثلة العقود الرضائية البيع، والايجار، ويجب عدم الخلط بين انعقاد العقد، واثباته، فالعقد يظل رضائياً حتى لو اشترط القانون الكتابه لاثباته، ومثل هذا النوع من العقود عقد الكفالة اذ تنص المادة ٧٧٣ مدني علي أن « لاتثبت الكفالة إلا بالكتابة ...»

---

(١) د/ محمد لبيب شنب ، مرجع سابق ، ص ٣٦ ، ٣٧

فالعقود غير الكتوبه يمكن اثباتها بالإقرار أو اليمين، وهذا لايتحقق اذا كانت الكتابه ركنا شكلياً في العقد، حيث يكون تخلف الكتابة في هذه الحالة بمثابة تخلف ركن من أركان العقد وبالتالي بطلانه وعدم وجود العقد.

ويذهب الرأي الراجح في الفقه(١) والقضاء(٢) إلى أن قاعدة الرضائية ليست من النظام العام، وأن المتعاقدان يستطيعان الاتفاق علي اشتراط توافر شكل معين أو تسليم شئ معين حتى ينعقد العقد الذي يقصدانه حتى وإن لم يشترط القانون شكلية معينه بهذا العقد، فمثلا يمكنهما الاتفاق على أن العقد لايبرم إلا في شكل محرر رسمي أو عرفي، وبالتالي يجب الالتزام بهذا الاتفاق (٣).

٢٨ - العقود غير الرضائية.

وهي العقود التي لايكفي لانعقادها وجود التراضي بل يلزم بالاضافة إلي التراضي ضرورة توافر اجراء آخر قد يكون شكلا معينا يجب أن يتخذه الرضا، وقد يكون تسليم شئ معين أو غير معين، ويمكن تقسيم العقود غير الرضائية إلي عقود شكلية وعقود عينية.

٢٩ - ١- العقد الشكلي.

هو الذي يتطلب بالاضافة إلي التراضي ضرورة مراعاة شكلية معينة ينص عليها القانون كتحرير العقد في ورقة رسمية أمام موظف مختص.

- ومن أمثلة العقود الشكلية: عقد الرهن الرسمي (م ١٠٣١ / ١ مدني مصري)، عقد هبة العقار (م ٤٨٨ مدني مصري)، ويهدف المشرع من ضرورة توافر الشكلية في ابرام هذه العقود هو تنبيه المتعاقدين إلي خطورة مثل هذه التصرفات.

---

(١) د/ عبدالرزاق السنهوري، الوسيط ج١ ص ١٦٣ هامش (١) د/ أحمد سلامه، مصادر الالتزام ص ٦٥ رقم ٢٥ د/ أنور سلطان ص ٣٤ بند ٢٩.

(٢) نقض مدني بتاريخ ٢٦/١٠/١٩٦٥م، مجموعة أحكام النقض ١٦-١٤٦-٩٢٥

(٣) انظر د/ محمد لبيب شنب، دروس، مرجع سابق ص ٤١ بند ٢٨.

كما قد تكون الشكلية هى : افراغ التراضى فى صورة كتابة عرفيه أى لا يتدخل فى تحريرها موظف عام، ومثال ذلك عقد الشركة : حيث لا ينعقد عقد الشركة بمجرد التراضى بين الشركاء بل يلزم افراغ تراضيهم في محرر أو سند مكتوب موقع عليه من جميع الشركاء (م ٥٠٧ مدنى مصرى).

٤٠ - ٢ - العقد العينى .

وهو عقد لايكفى لانعقاده تراضى الطرفين بل لابد وأن يقترن التراضى بتسليم العين محل التعاقد ومثاله : هبه المنقول إذ يجوز أن يتم بورقة رسمية أو بالقبض (م ٢/٤٨٨ مدنى)

ويمكن للمتعاقدين أن يجعلا العقد الرضائى عقداً شكلياً بارادتيهما، فالبيع عقد رضائى، ولكنهمايمكن أن يتفقا على أن البيع لاينعقد إلا إذا حرر الاتفاق فى ورقة رسمية أو عرفية فى هذه الحالة يكون الطرفان قد جعلا الكتابه شرطاً لانعقاد العقد .

٤١ - ثالثاً : تقسيم العقود من حيث الأثر الى : عقود ملزمه للجانبين، وعقود ملزمه لجانب واحد، وعقود معاوضه، وعقود تبرع .

٤٢ - أ - العقد الملزم للجانبين .

هو العقد الذى ينشئ منذ تكوينه التزامات متقابله فى ذمة طرفيه كل منهما للآخر، وذلك كعقد البيع، والايجار، والقرض، والعاريه، والشركة، والمقاولة، وعقد العمل ......الخ.

٤٣ - ب - العقد الملزم لجانب واحد.

وهو العقد الذى ينشئ التزامات في ذمة أحد المتعاقدين دون الآخر، بحيث يكون أحد طرفيه دائنا فقط غير مدين، والآخر مدين غير دائن كعقد العارية، والوديعة بدون أجر، والهبه، ولكن اذا اتفق الطرفان على أن تكون الوديعة بأجر، والهبه بمقابل كنا بصدد عقود ملزمه للجانبين غير تامة.

٨ - أهمية التفرقة بين العقود الملزمة للجانبين، والعقود الملزمة لجانب واحد .

١-إذا أخل أحد العاقدين في العقد الملزم للجانبين بالتزامه، يمكن للطرف الاخر فسخ العقد وذلك نتيجة لمايسمى بالشرط الفاسخ الضمني، حيث يفترض فى العقد الملزم الجانبين أن الطرفين اتفقا على أن عدم وفاء أحدهما بالتزاماته يخول للآخر الحق فى فسخ العقد والتحلل من التزاماته هو أيضا، ولامحل لمثل هذا الاتفاق الضمني فى العقد الملزم لجانب واحد، لأنه عند اخلال المدين فى هذا العقد بالتزامه، لاتكون تحت التزامات فى ذمة الطرف الآخر حتى يتصور أن يكون للأخير مصلحة في التحلل منها عن طريق الفسخ، وإنما تنحصر مصلحته في طلب التنفيذ العيني، أو طلب التنفيذ بمقابل .

٢- يمكن لأحد الطرفين عند أخلال الطرف الآخر بتنفيذ التزامه أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ أو الامتناع عن الوفاء، وذلك فى العقود الملزمة للجانبين وهذا غير متصور فى العقود الملزمة لجانب واحد، حيث لايكون فيه كل من الطرفين دائن ومدين، وهو مايتطلبه التمسك بالدفع بعدم التنفيذ والامتناع عن الوفاء .

٣ - فى العقود الملزمة الجانبين إذا استحال الوفاء بالالتزام لهلاك المحل بسبب أجنبي لايد للمدين فيه فإن تبعة الهلاك تكون على المدين الذى هلك محل التزامه (٣٧٣ مدنى مصرى) ومعنى ذلك : أن المدين الذى هلك محل التزامه تبرأ ذمته، ولكنه في الوقت ذاته يفقد الحق فى مطالبة الطرف الآخر بالتزامه، فيكون تبعة الهلاك فى العقود الملزمة للجانبين على المدين أما فى العقود الملزمة لجانب واحد، فإن تبعة الهلاك تكون على الدائن.

٩ - جـ - عقود المعاوضه : هى كل عقد أخذ فيه كل متعاقد مقابلا لما أعطاه، وذلك كعقد البيع

٤٩- د - عقود التبرع.

وهى كل عقد يلتزم فيه المتبرع بأداء معين لصلحة المتبرع له وذلك كالهبة المحضه، والاعاره.

ومعيار التمييز بين عقود المعاوضه والتبرع :

هو تقابل الأداء فى المعاوضات، ونية التبرع المحض فى عقود التبرعات.

وتنقسم عقود التبرع إلى : عقود تفضل : وفيه يقوم المتبرع بعمل تطوعى لمتبرع له بدون مقابل .

وإلى عقود التمليكات : ومثالها الهبه بدون عوض .

٤٩مكرر - أهمية التفرقه بين عقود المعاوضة والتبرع (١): تكمن أهمية التفرقه بين عقود المعاوضة والتبرع فى الآتى : -

١ - من حيث المسؤولية : تكون مسئولية المتبرع أخف عادة من مسؤولية المعاوض حيث لايلزم المتبرع بضمان الشئ المودع عنده إلا بالتعدى، كما لايلزم بعناية الرجل المعتاد بل بما يبذله هو فى حفظ ماله دون أن يكلف فى ذلك أزيد من عناية الرجل العادى (م ١/٧٢٠ مدني مصرى) .

أما فى عقود المعاوضات : فإن مسؤولية البائع على المبيع الذى تحت يده، مسؤولية ضمان فإن هلك فإنمايهلك من ماله وعليه ارجاع الثمن .

أما المستعير : فلأنه متبرع اليه بمنفعة المال المعار، ولذا فإنه يلتزم ببذل عناية اكبر فى حفظ المال لاتقل عن عناية الرجل المعتاد (م ١/٦٤١ مدنى مصرى) حيث يمكن أن يلتزم بعناية اكثر من عناية الرجل المعتاد اذا كان هو يبذل فى حفظ ماله اكثر من عناية الرجل العادى .

---

(١) د/ عبدالرزاق السنهورى ، الوسيط ، ص ١٦٣ بند ٦ المجلد الأول د/ سليمان مرقس، الوافى ، المجلد الأول ص ١٠٢، ١٠٤ بند ٥٢ د/ عبدالودود يحيى ، نظرية الالتزام ص ٢٢ د/ محمد لبيب شنب ، دروس فى نظرية الالتزام ، ص ٥٤ ومابعدها بند ٣٧.

٢- من حيث الغلط في شخص المتعاقد :

الغلط فى شخص المتبرع له يؤثر فى عقود التبرع حيث يجوز للمتبرع طلب ابطال العقد، أما فى عقود المعاوضات : فإن الغلط فى الشخص لايؤثر فيها إلا اذا كانت شخص المتعاقد محل اعتبار ففى الحالة الأخيرة كان له أن يطلب ابطال العقد فقط.

٣- من حيث شرط الطعن في التصرف بدعوى عدم نفاذ التصرف (الدعوى البوليصية).

اذا كان التصرف معاوضة يلزم لقبول الدعوى إثبات غبن المدين وتواطؤه مع المتصرف اليه، أما اذا كان التصرف تبرعاً فلا يلزم الشرط.

فمثلا يجوز الطعن في عقود التبرع بالدعوى البوليصية دون حاجة إلى اثبات سوء نية من تلقي التبرع . أما فى عقود المعاوضات، فلا تقبل الدعوى البوليصية إلا إذا أثبت الدائن سوء نيه المدين المتصرف وعلم المتصرف اليه بذلك (م ٢٣٨ مدني مصرى) .

٤- من حيث الأهلية .

أن أهلية الأداء المطلوبه في عقود المعاوضات تختلف عن أهلية الأداء فى عقود التبرع، فإن عقود التبرع تعتبر بالنسبة للقاصر من التصرفات الضاره به ضرراً محضاً ولذا فتكون باطلة بطلانا مطلقا، أما إذا كان العقد معاوضة فإنه يكون قابلاً للبطلان اذا أبرمه القاصر (م ١١١ مدني مصرى).

٤٧ - رابعاً : تقسيم العقود من حيث الطبيعة .

تنقسم الحقوق من حيث الطبيعة إلى عقود محدده وعقود احتمالية، والى عقود فورية وعقود زمنية.

٤٨ - أ- العقود المحدده والعقود الاحتمالية .

١- **العقد المحدد**: هو العقد الذى يستطيع فيه كل طرف عند ابرامه أن يحدد مقدار ماسيأخذه ومقدار ماسيعطيه .

وسماه الفقهاء محدداً نسبة إلى تحديد الأداء الذى يلتزم به كل متقاعد وقت انعقاد العقد، وذلك كعقد البيع بثمن محدد.

٢- العقد الاحتمالي : أوعقد الغرر.

هو العقد الذى لايستطيع فيه أى من الطرفين معرفة مقدار أو حجم الأداء الذى يلتزم به وقت العقد، ومقدار ماسيحصل عليه ولا يتحدد ذلك إلا فى المستقبل تبعاً لحدوث أمر غير محقق الحصول أو غير معروف وقت حصوله، وذلك كعقد التأمين على الحياة، وظاهر هذا العقد أن الطرفين لايستطيعان أن يتبينا وقت عقده مدى الأقساط التى ستستحق فى ذمة المؤمن له لأن الالتزام بدفع الاقساط يقف بمجرد وفاة المؤمن له، وتاريخ هذه الوفاة غير محدد وقت ابرام العقد، إذ قد تنقضى مدة عقد التأمين دون أن يتوفي المؤمن له فيدفع أقساط التأمين كاملة، وقد يتوفي بعد العقد بفتره قصيره فلا يدفع إلا عدداً قليلاً من الأقساط، وفي الفرض الأول يكون المؤمن هو الرابح، وفي الثانى تكون خسارته جسيمه.

أى أن العقد يكون عقد ابرامه منطوياً على احتمال الربح والخسارة لكل من طرفيه ولا يعلم سلفاً أيهما الذى سيستحق له الربح ولا أيهما ستحل به الخسارة.

وكذلك عقد البيع مقابل مرتب يدفعه المشترى للبائع مدى حياة أحدهما أو مدى حياة شخص ثالث.

والأصل : أن يكون العقد الاحتمالى عقد معاوضه، ولكن ليس هناك مايمنع أن يكون من عقود التبرع، فإذا وهب شخص آخر ايراداً مرتباً مدى الحياه، فإن الهبه وهى من عقود التبرع - تكون عقداً احتمالياً (١).

---

(١) د/ عبدالودود يحيى ، مرجع سابق ص ٢٣ .

٤٩ - أهمية التفرقه بين العقد المحدد والعقد الاحتمالى .

لاتوجد ثمرة لهذا التقسيم سوى مايتعلق بتطبيق أحكام الغبن، فالعقد الاحتمالى تكون احتمال الخسارة عنصراً أساسياً فيه، ولذا يترتب على تخلفه أى تخلف عنصر احتمال الخساره - البطلان كما أن الغبن لايؤثر فيه لأنها بطبيعتها تحتمل المكسب والخسارة، ولذا فلا يجوز لمن تحل به هذه الخسارة أن يلجأ إلى أحكام الغبن لرفعها عنه لأنه كان مضارباً فيجب أن يتحمل نتيجة المضاربة (١).

أما بالنسبة للعقد المحدد، فيجوز للطرف المغبون أن يطلب رفع الغبن عنه وفقاً للقانون .

٥٠ - ب - العقد الفورى والعقد الزمنى .

١- العقد الفورى .

هو العقد الذى لايكون الزمن فيه دور جوهرى فى تحديد محل العقد حتى ولو كان له دور فى تعيين أجل تنفيذه.

ومثاله : عقد البيع ، فهو عقد فورى لأن الزمن لادخل له فى تحديد محله (المبيع والثمن) حيث لايكون الزمن دور فى تحديدهما أى تعيينهما، حي يعتبر عقد البيع عقد فورى حتى لو تأجل تسليم المبيع أو دفع الثمن على أقساط عدة فى آجال (٢).

لأن دفع الثمن فى أقساط على آجال، لايعتبر الآجال عنصراً جوهرياً داخل فى تحديد موضوع العقد، وإنما هى عنصر عرضى يقتصر أثره على تنفيذ العقد فقط (٣) وكذلك الشأن فى عقد المقاولة حيث يتطلب زمناً لإنجازه بمعرفة المقاول ومع ذلك فهو عقد فورى لأن الزمن ليس عنصراً جوهرياً فى تحديد مايلتزم به المقاول وإنما هو عنصر عرضى يتعلق بتنفيذ العقد .

---

(١) د/ سليمان مرقس، مرجع سابق ، ص ١٠٧ بند ٥٥.

(٢) د/ عبدالودود يحيى ص ٢٢.

(٣) د/ سليمان مرقس ص ١٠٧/١٠٨ بند ٥٦.

٤ - العقد الزمني.

هو الذي يقاس أداء كل متعاقد فيه بمرور الزمن، وذلك كعقد الايجار، وعقد العمل حيث يقاس بالزمن عدد المرات التي يتم فيها تنفيذ الالتزام ومن ثم فعنصر الزمن هو من العناصر الجوهرية في مثل هذه العقود على النحو التالي :-

١- ينقسم العقد الزمني الى عقد ذي تنفيذ مستمر:

وهو مايكون الزمن عنصرا جوهرياً فيه بحيث لايتصور الأداء إلا ممتداً مع الزمن كعقد الايجار، وعقد العمل.

٢- أما العقد الدوري التنفيذ.

فالأداء فيه يمكن أن يكون فورياً ولكن العاقدان يتفقان على تكرار تنفيذه فتره من الزمن، كعقد التوريد يلتزم بموجبه أحد المتعاقدين أن يورد للآخر شيئا يتكرر لمدة معينه، فمحل التزام المتعاقد هنا يمكن قيامه دون حاجة إلى الزمن ولكن المتعاقدين باتفاقهما جعلا الزمن عنصراص جوهرياً في العقد .

٥١ - أهمية التفرقة بين العقد الفوري والزمني.

١- من حيث الفسخ :

يترتب على الفسخ في العقد الفوري اعادة المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، أي للفسخ أثر رجعي .

أما الفسخ في العقد الزمني.

فلا يكون له أثر رجعي، وإنما تنصرف أثار الفسخ إلى المستقبل باعتبار أن مامضى من الزمان لايعود!

٢- من حيث وجوب الاعذار.

فالأصل وجوبه فى العقود الفورية إلا ما استثنى (١) أما فى العقود الزمنية فلا ضرورة له لأن المفروض فيها أن كل تأخير ضار لأنه يفوت وقتا لايمكن أن يعود، فالمدين يكون معذراً بطبيعة العقد إلا إذا نص القانون على غير ذلك (م ١٨/٢ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١م فى شأن بعض الأحكام الخاصة بتأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر).

٣- من حيث الأثر المترتب على وقف التنفيذ.

إذا حدث سبب ترتب عليه وقف تنفيذ العقد مؤقتاً ثم زال السبب بعد ذلك فإن الوقف فى هذه الحالة لايؤثر في وجوب التنفيذ الكامل للعقد الفورى بعكس العقد الزمنى، فإن تنفيذه بعد زوال الوقف يكون ناقصاً فلا تضاف مدة الوقف الى مدة العقد المحددة، ويخصم من الايجار مثلا مايقابل الوحده الزمنية التى توقف فيها العقد.

٤- من حيث نظرية الظروف الطارئة(٢).

فإنها تؤثر فى العقد الزمنى اذا كان من شأنها جعل الالتزام فيه مرهقاً حيث يتدخل القاضى ويخفف من شروط التعاقد، بعكس العقد الفورى حيث لامجال فيه لتطبيق نظرية الظروف الطارئة، حيث يكون الأداء من كلا المتعاقدين فور ابرام العقد، واذا تأخر أحدهما فى تنفيذ التزامه إلى أن أصبح مرهقاً فإنه لايحق له أن يطالب بتطبيق أحكام الظروف الطارئه عليه وذلك حتى لايستفيد المتعاقد من خطئه فى عدم التنفيذ الفورى لالتزامه.

---

(١) نصت المادة ٢٢٠ من القانون المدنى على حالات الاستثناء من الأعذار بقولها « لا ضرورة للاعذار فى الحالات الآتية : (أ) اذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين.

(ب) اذا كان محل الالتزام تعويضاً ترتب على عمل غير مشروع.

(حـ) اذا كان محل الالتزام رد شئ يعلم المدين أنه مسروق أو شئ تسلمه دون حق وهو عالم بذلك.

(د) اذا صرح المدين كتابة أنه لايريد القيام بالتزامه.

(٢) انظر فى هذا المرجع نظرية الظروف الطارئة ص ١٥٥ بند ٢٠١

الفصل الثانى
انعقاد العقد
"أركان العقد"

٥٢ – سنتناول فى هذا الفصل تكوين العقد أى أركانه وهى التراضي، والمحل، والسبب والجزاء الذى يترتب على اختلال ركن من أركان العقد وهو البطلان أو القابلية للبطلان وذلك فى مباحث أربعة على الوجه الآتى .

المبحث الأول
الركن الأول : التراضى

٥٣ – سنتحدث فى هذا المبحث عن حقيقة التراضى كركن فى العقد ، وصور خاصة من التراضى، ثم صحة التراضى وذلك فى مطالب على الوجه الآتى .

المطلب الأول
حقيقة التراضى كركن فى العقد

٥٤ – معنى الرضا : هو اتجاه الإرادة نحو أمر قانونى معين.

ولذا يقال إن الرضا فى العقد يستلزم وجود ارادتين على الأقل يكون لكل عاقد إراده تتجه إلى احداث اثر قانونى، وبهذا المعنى يقال عادة أن البائع أو المشترى قد رضى بالبيع أو بالشراء، أو أن رضا البائع كان سليماً أو أنه كان مشوباً بالغلط أو بأى عيب آخر من عيوب الرضا (الغلط ـ الاكراه ـ الاستغلال ـ التدليس).

وقد يقصد بالرضا .

توافق ارادتين أو أكثر على ابرام العقد، وقوام الرضا هو الاراده فلا يتعاقد من لايريد (١)، ولذا اذا باع شخص لآخر بيعاً صورياً(٢)، فلا البائع أراد البيع ولا المشترى اراد الشراء فلا ينعقد العقد لعدم وجود الإرادة.

---

(١) د/ محمد لبيب شنب ، مرجع سابق ص ٦٥

(٢) انظر الصورية فى التصرفات مرجعنا « الوجيز فى الالتزامات» المجلد الثانى ـ أحكام الالتزام ص بند

٤٥ - عناصر رضا المتعاقدين:

وإذا أخذنا بالمعنى الأخير للرضا فإن الرضـا يقتضي وجود الإرادة، وتوافق الإرادتين وإذا سنوضح عنصرى الرضا على الوجه الآتى،

الفرع الأول
وجود الأرادة

٤٦ - أ - وجود الإرادة وتعددها.

يستلزم العقد وجود الإرادة لدى كل من طرفي العقد، ووجود الإرادة يتطلب أن يكون العاقد مميزاً عاقلاً، أى مدركا لماهية العقد والتزاماته فيه، ولقد ربط القانون بين الادراك والتمييز، فاشترط لتوافر الادراك وبالتالى وجود الارادة أن يكون من صدرت عنه الارادة مميزاً، أى يكون لدى العاقد القدرة على التمييز بين النافع والضار بصفة عامة(١).

وعلى ذلك فالشخص معدوم الارادة كالمجنون أو الصبى غير المميز لاينعقد بينه وبين غيره عقد لأنه في نظر القانون لاتوجد لديه إرادة ويقاس على ذلك كل شـخص مسلوب الارادة بسـبب عـارض كـالسكرات والمنوم والمخدر والمكره اكراهاً مـادياً، لأن ارادتهم إمـا معدومـة وامـا مسيره لامخيرة(٢).

والإرادة اللازمـة هي ارادة الشخص الذى قـصـد من ورائها انشـاء العقد وإضافة آثاره الى نفسه - وبالتالى فلا عبره بالارادة غير الجدية أى التى لم يقصد بها صاحبها حقيقة أن يلتزم، كما فى الارادة الصورية أو الهازلة أو المجاملة أو المعلقة على محض المشيئة كأن ابيعك عشرة أفدنة لأوفر له نصاب العمدية دون قصد التخلى حقيقة عن ملكيته هذه الأفدنة -لأن هذه هي الصورة العادية للتعاقد أى يتعاقد الشخص لحساب نفسه.

---

(١) أنظر د/ سليمان مرقس، الوافي ص ١٣٤ ومابعدها بند ٧٠ - د/ محمد لبيب شنب، مرجع سابق ص ٦٨ بند ٤٥.

(٢) د/ سليمان مرقس، الوافي، ص ١٣٤ بند ٧٠

وإن كان القانون قد أجاز صورة أخرى للتعاقد بطريقة النيابة، وهو اتجاه إرادة الشخص لابرام العقد لحساب غيره، بحيث ينعقد العقد بارادته ثم ينصرف أثره إلى موكله وسنتحدث فيما بعد عن التعاقد بطريق النيابة(١).

٥٧ – ب – التعبير عن الارادة .

الارادة أمر كامن فى النفس تحتاج إلى وسيلة لإظهارها إلى الوجود الخارجى حتى يمكن الاعتداد بها قانوناً، وهذه الوسيلة إما أن تكون اللفظ أو الكتابة أو الإشارة أو الفعل. وقد نصت المادة (٩٠/١ مدني) على أن «التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفاً، كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً فى دلالته على حقيقة المقصود».

– ويكون التعبير عن الإرادة بأحدى طريقتين .

التعبير الصريح، أو التعبير الضمنى حيث نصت المادة (٩٠/٢ مدنى) على أنه « ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنياً، إذا لم ينص القانور أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً».

– **فالتعبير الصريح** . هو مايدل مباشرة على المعنى المقصود من الإرادة مثل استعمال اللفظ الدال على المعنى مباشرة مثل استعمال لفظ البيع أو الشراء أو كتابتهما، وقد يكون التعبير الصريح إشارة كهز الرأس عمودياً للدلالة على الموافقة أو أفقياً للدلالة على الرفض، كما قد يكون التعبير صريحاً باتخاذ موقف لاتدع ظروف الحال شكا فى دلالته على المقصود، كوقوف سيارات الأجرة فى المكان المخصص لها. إذ يعتبر هذا إيجاباً موجهاً للجمهور، وكعرض التاجر لبضاعته مع كتابة الاسعار عليها (م ٩٠ /١ مدنى).

– أما التعبير الضمنى .

فهو تعبير عن الإرادة لا يفصح بذاته عنها أى لايفصح بذاته عن

(١) انظر فى هذا المرجع ص ٧٠ بند ٩٠

حقيقة المعنى المقصود منها، ولكن يمكن أن يستنتج منه اتجاه هذه الإرادة(١) كبقاء المستأجر في العين المؤجرة بعد انتهاء مدة الإيجار، وقيامه بتبييض جدرانها أو بتركيب تليفون جديد فيها، أو تعليقه لافتة باسمه عليها(٢)، مما يفهم منه أنه يريد تجديد عقد الايجار، وذلك بالنسبة له ايجاباً ضمنياً بذلك، فإذا علم المؤجر به وسكت عليه وقبض الأجرة اعتبر ذلك منه قبولاً ضمنياً للتجديد وانعقدت بينهما إجارة جديدة بايجاب وقبول ضمنيين - وهذا مايسمى بالتجديد الضمني.

ومما سبق يتضح أن الايجاب والقبول يمكن أن يكونا صريحين أو ضمنيين.

والأصل : أنه لافرق بين التعبير الصريح والتعبير الضمني، فكل منهما يكفي للتعبير عن الإرادة، إلا إذا نص القانون أو كان الطرفان قد اتفقا من قبل على عدم الاكتفاء به في علاقة معينة وعلى ضرورة التعبير الصريح (م ٩٠/٢ مدنى).

وهناك أمثلة على استثناء القانون لضرورة التعبير الصريح.

ماتنصت عليه المادة ٤٧٥ مدنى من التزام بائع التركة بأن يرد لمشتريها مايكون قد حصله من حقوق خاصة بها أو قيمة مانقد يكون باعه من أعيانها مالم يكن عقد بيع التركة قد اشترط صراحة عدم الرد.

ومانصت عليه المادة (٥٩٧ مدنى) من أن الايجار من الباطن أو نزول المستأجر عن الإجارة إلى غيره لايبرئ المستأجر الأصلى قبل المؤجر إلا إذا صدر من الأخير قبول صريح بالإيجار من الباطن أو بالنزول عن الإيجار(٣).

٨ - جـ - هل يصلح السكوت للتعبير عن الارادة ؟

لايقصد بالسكوت في هذا الصدد مجرد الامتناع عن الكلام، وإنما

---

(١) د/ عبدالناصر العطار، مصادر الالتزام ص ٢٢،١٢ بند ٧٠.

(٢) د/ سليمان مرقس ، الوافى ، مرجع سابق ص ١٣٧.

(٣) انظر فى عرض الأمثلة د/ سليمان مرقس، الوافى ، مرجع سابق ، ص ١٣٨.

يقصد به اتخاذ موقف سلبى لايدل على إرادة معينه، بينما التعبير الضمنى عن الإرادة هو موقف ايجابى باتخاذ وسيلة للتعبير لاتدل بذاتها مباشرة على حقيقة المعنى المقصود، ولكن ظروف الحال تسمح بترجيح المعنى المقصود على غيره ولما كانت الإرادة عملا ايجابيا فلا يتصور أن يكون السكوت ايجاباً لأنه لايدل على شئ، ولأن المقصود بالايجاب حصول عرض قانونى محدد موجه إلى طرف آخر، وهذا لايتأتى حدوثه بمجرد السكوت وإنما يتصور السكوت فى معرض القبول فقط، وفلذلك فإن البحث ينحصر فى معرفة ماإذا السكوت يمكن أن يكون تعبيراً عن القبول .

٥٩ - وهنا لنا أن نتسأل هل يصح أن يتم القبول بالسكوت(١) ؟

الأصل : أن السكوت فى ذاته دون أن تصحبه ظروف أخرى لايعتبر تعبيرا عن الإرادة، حتى ولو كانت الإرادة قبولا، لأن القبول تعبير عن الإرادة والساكت لايعبر عن إرادته، وفى هذا يقول الفقهاء فى الشريعة الإسلامية « لاينسب لساكت قول» أى لاينسب اليه إرادة لابقبول الايجاب ولا برفضه .

وعلى ذلك : اذا عرض شخص على آخر أن يشترى منه شيئاً أو يستأجره فسكت فلا ينعقد العقد بينهما، لتعلق الأمر بايجاب لم يقترن به قبول، ولو أعلن الموجب مقدماً فى ايجابه أنه يعتبر سكوت الموجه اليه هذا الايجاب قبولا (٢).

لأننا لو ألزمنا كل شخص بالرد على ماقد يعرض عليه من ايجاب لكان فى هذا حرج وضيق، ويسمى السكوت هنا سكوتاً بسيطاً : أى مجرداً

---

(١) انظر د/ محمد لبيب شنب ، مرجع سابق، ص٨٨ بند ٦٨ - د/عبدالناصر العطار، مرجع سابق، ص ٣٠ بند ١٥ د/ سليمان مرقس ، مرجع سابق، ص ١٣٨ بند ٧٣ - د/ عبدالودود يحيى، مرجع سابق ، ص ٣٦ بند ٣٠.

(٢) د/ محمد لبيب شنب ، مرجع سابق، ص ٨٩،
WATER yung : l'acceptation par silence diunc affre - Milanger Roger secielan 1964 - P. 350 - 351.

وهو السكوت الخالى عن كل قرينه تدل على الرضا أو وجود تعامل سابق فهو والعدم سواء .

– واستثناءاً من ذلك قد يكون السكوت علامة الرضا وذلك اذا كان السكوت موصوفاً أو ملابساً .

ويمكن لنا أن نوضح السكوت الموصوف، والسكوت الملابس على الوجه الآتى :-

١٠ – أ- السكوت الموصوف :

هو سكوت يصفه واضع القانون أو الاتفاق أو العرف بأنه قبول، ويسمى السكوت فى مثل هذه الحالات موصوفاً لأن القانون أو الاتفاق أو العرف هو الذى رجح دلالة القبول على الرفض(١).

ومن أمثلة ذلك :

١- مانصت عليه المادة ٤٢١ مدنى بصدد البيع بشرط التجربه حيث يجوز للمشترى أن يقبل المبيع أو أن يرفضه خلال مدة معينه، من أنه اذا انقضت المدة المحدده لكى يظهر المشترى ارادته، ولكنه سكت فإن سكوته يعتبر قبولاً .

٢ – أما السكوت الذى يعتبر قبولا باتفاق الطرفين مثاله إذا ماتفق صاحب العمل مع العامل على أن يتجدد العقد بينهما اذا لم يخطر أحدهما الآخر بعدم رغبته فى التجديد قبل انتهاء مدة العقد، فالسكوت عن الإخطار قبول بالتجديد (م ٥٩٩ مدنى) :

٣ – كما قد يكون العرف مصيراً لاعتبار السكوت الموصوف قبولاً ومثاله : ارسال المصرف لعميله كشف الحساب الجارى فيسكت العميل عن

---

(١) ومثاله مانصت عليه المادمة ٣١٦ مدنى مصرى من أنه « إذا قام المحال عليه أو المدين الأصلى باعلان الحوالة إلى الدائن، وعين له أجلاً معقولاً ليقر الحوالة ثم أنقضى الأجل دون أن يصدر الاقرار، اعتبر سكوت الدائن رفضاً للحواله ».

الاعتراض فى وقت مناسب، فإن العرف التجارى جرى باعتبار السكوت هنا قبولا لما جاء فى كشف الحساب الجارى واعتماداً له .

٦١ - ب -السكوت الملابس .

هو السكوت الذى تلابسه وتحيط به ظروف ترجح أنه قصد به قبول الايجاب، لأن السكوت فى معرض الحاجة بيان، وعلى ذلك فالسكوت الملابس : هو السكوت المقترن بقرينه تدل علي الرضا من القابل (١).

ومن أمثلة السكوت الملابس مايأتى .

أ- يعتبر السكوت الذى تلابسه ظروف قبولا مثل أن تكون هذه الظروف قد سبق فى وجودها توجيه الايجاب، كوجود علاقة سابقة بين الموجب والموجه اليه الايجاب، كأن يكون هناك تعامل سابق بين شخصين، واتصل ايجابٌ أحدهما بهذا التعامل كما اذا أرسل أو أرسل العميل الى التاجر طلبا لشراء بعض الأشياء، وكان التاجر قد عود العميل أن يوسل له مايطلب مباشرة عقب تسلمه الطلب دون أن يعلمه بالقبول، فإن للعميل أن يعتبر أن سكوت التاجر يعتبر هذه المرة أيضا قبولاً.

ب - اذا تمخض الايجاب لمنفعة من وجه اليه :

اذا تمخض الايجاب لمنفعة من وجه اليه الايجاب يعتبر ظرفا من الظروف الملابسة للسكوت الذى يعتبر قبولا . كما لو وهب شخص لآخر مائة جنيه فسكت الموهوب له . فيعتبر سكوته قبولا للهبه، لأن مثل هذا التصرف يعتبر نافعاً نفعاً محضاً لمن وجه اليه الايجاب وهو القابل (الموهوب له).

وقد عبرت المادة ٩٨ من القانون المدنى عن بعض احالات السكوت الملابس على سبيل التمثيل وليس الحصر بقولها « ١- اذا كانت طبيعة

---

(١) عبرت مجلة الأحكام العدلية عن هذا المعنى بقولها فى المادة (٢/١٧) « ولكن السكوت فى معرض الحاجة بيان» .

المعاملة أو العرف أو غير ذلك من الظروف التى تدل على أن الموجوب لم يكن ينتظر تصريحاً بالقبول فإن العقد يعتبر قد تم، إذا لم يرفض ايجاب فى وقت مناسب. ٢- ويعتبر السكوت عن الرد قبولا، اذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين، واتصل الايجاب بهذا التعامل، أو اذا تمخض الايجاب لمنفعة من وجه اليه».

خلاصة القول :

ان استخلاص القبول من السكوت حتى فى الحالات التى نص عليها المشرع الوضعى صراحة فى المادة ٩٨ يعتبر مسألة موضوعية يفصل فيها قاضي الموضوع .

٩ - د - تطبيق الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة :-

إن القانون لايعتد بالإرادة إلا اذا ظهرت الى الوجود الخارجى بالتعبير عنها باحدى الوسائل المتعلقة بالتعبير عن الإرادة وهى اللفظ أو الكتابة أو بالاشارة ... الخ.

أما إذا ظلت الإرادة كامنه فى نفس صاحبها فلا يعتد بها القانون، ولكن لاتوجد أى مشكلة إذا تطابقت الإرادة الباطنة مع الإرادة الظاهرة لدى المتعاقد، ولكن المشكلة تثور إذا ما اختلفت الإرادة الباطنة وهى الإرادة الحقيقية مع الإرادة الظاهرة، فإن البحث يثور فيما اذا كان يجب أن تتحرى الإرادة الحقيقية (الإرادة الباطنة) أم أنه يتعين أن تلتزم حدود التعبير فنقف عند ذلك عن الإرادة الظاهرة، ومن الأمثلة التى يتحقق فيها هذا الاختلاف بين الإرادة والتعبير عنها أن يعرض تاجر بضاعة ويكتب عليها خطأ ثمناً أقل من الذى يريده ، أو أن يوقع على عقد مطبوع ولم يفطن فيه إلى شروط يقبلها . فهل نعتد هنا بالارادة الباطنة أو بالإرادة الظاهرة ؟

٦٣ - نظرية الإرادة الباطنة :

تعتمد هذه النظرية على أن الالتزام ينشأ من اتجاه وقصد المتعاقدين أي من الإراده الباطنة، وهى الإرادة الحقيقية التى يستمد العقد منها قوته الملزمة، واذا كان من الواجب التعبير عن هذه الإرادة، فذلك لاينفى أن العبرة هى بالإرادة ذاتها لابهذا التعبير، فلايعتد بالتعبير إلا باعتباره دليلا على وجود الإرادة الباطنة، بحيث اذا حدث وأختلف التعبير الذى صدر من المتعاقد عما تريده ارادته الباطنه فإن الاعتداد هنا يكون بالإرادة الباطنة لابما عبر به مخالفاً لها، لأن الاعتداد إنما يكون بالإرادة الباطنة دون الإرادة الظاهرة، لأن الأولى هى الإرادة الحقيقية ولذا تستبعد الإرادة الظاهرة وهذا الاتجاه يتفق مع ماذهب اليه مذهب المالكية والحنابلة حي يرون أن العبرة بالإرادة الباطنة أى بالباعث فى صحة التعاقدات لقول النبى صلى الله عليه وسلم « إنما الأعمال بالنيات وانما لكل إمرئ مانوى » ولذا قالوا ببطلان بيع العينة (١).

٦٤ - نظرية الإرادة الظاهرة .

تعرضت نظرية الإرادة الباطنة منذ أواخر القرن الماضى إلى كثير من النقد، وبخاصة من قبل المدرسة الألمانية، فقالوا إن الإرادة الباطنة أمر كامن فى النفس، والقانون لايتناول مايدور فى النفس، وإنما هو ينظم العلاقات الخارجية، ومايحدث فيهامن ظواهر اجتماعية، فلايمكن أن يتناول الإرادة إلا فى مظهرها الخارجى وهو التعبير(٢).

علاوة على أن الأخذ بنظرية الإرادة الباطنة يهدد استقرار المعاملات في المجتمع فلو أبيح للشخص أن يتمسك بارادته الباطنه فى الحالات التى تختلف فيها ارادته الباطنه مع الظاهرة التي صدرت عنه لفوجئ المتعاقدون الذين تعاقدوا على أساس الإرادة الظاهرة الأمر الذى يشيع روح التردد لدى الناس وعدم استقرار المعاملات.

---

(١) انظر عيسوى أحمد عيسوى ، المدخل للفقه الأسلامي ص ٤١٣، ٤١٤.

(٢) د/ سليمان مرقس، ص ١٤٥ بند ٧٥

فالعقد كظاهرة اجتماعية لابد أن يرتكز على ظاهرة اجتماعية كالتعبير أما الارادة الباطنة فهي أمر نفسي لايمكن أن تكون لها في ذاتها أية قوة أو سلطان ذاتي والقانون يشترط للاعتداد بالاراده أن يتم التعبير عنها في الحيز الخارجي، حيث يرتبط وجود العقد وقوته الملزمة بالتعبير عن الارادة باعتباره ظاهرة اجتماعية في ذاته(١).

وعلى ذلك اذا إختلفت الإرادة الباطنة مع الارادة الظاهرة كانت العبرة بالتعبير - أى بالإرادة الظاهرة - لأن التعاقد تم وفقاً لها فهى التى أنشأت العقد ولذلك يجب الوقوف عندها، وعدم البحث فيما وراءها.

٦٥ - موقف المشرع المصرى من الأخذ بالنظريتين.

ذهب جانب من الفقه القانوني إلى القول بأن المشرع المصرى أخذ بنظرية الارادة الباطنة، وان كان يخفف منها ببعض الحلول المستمدة من نظرية الارادة الظاهرة (٢).

ولكننا نرى مع البعض الآخر إلى أن المشرع المصرى قد أخذ بنظرية الإرادة الظاهرة، ويمكن التدليل على ذلك بما يلى (٣).

١- صرحت المذكرة الايضاحية لمشروع القانون المدني من أن المشروع قطع بإيثار مذهب الإرادة الظاهرة(٤).

٢- قررت المادة ٨٩ مدنى أن « يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن ارادتين متطابقتين، مع مراعاة مايقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينه لانعقاد العقد» فتبادل التعبير هو الذى ينشئ العقد .

---

(١) د/ محمد لبيب شنب، ص ٩٧ بند ٧٤.

(٢) د/ السنهورى ، الوسيط، مرجع سابق ، ص ١٩٤ بند ٨٠ د/ سليمان مرقس ، الوافي مرجع سابق ، ص ١٤٨ بند ٧٧.

(٣) د/ محمد لبيب شنب ، ص ٩٨، ٩٩ بند ٧٦ - د/ اسماعيل غانم ، النظرية العامة للالتزامات مرجع سابق ص ٩٣.

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٩

٣ - يشترط القانون للاعتداد بالعيب الذى يعيب الاراده (فالغلط أو التدليس أو الاكراه) أن يكون الطرف الذى لم يشب إرادته عيب أن يكون مشتركا فى العيب بصورة ما، كأن يكون عالماً بالعيب الذى شاب إرادة من تعاقد معه أو كان من المفروض أن يعلم به، أو من السهل عليه أن يتبينه (المواد ١٢٠، ١٢٦، ١٢٨ مـــدنى) وعلى اذا لم يكن الطرف الذى لم تشب ارادته عيب عالماً بالعيب أو لم يكن من المفروض حتماً أن يعلم به أو من السهل عليه أن يتبينه، فإن العقد يكون صحيحاً ولايستطيع من تعيبت ارادته أن يستند إلى العيب لإبطاله، ولايمكن تفسير الحكم السابق إلا على أساس نظرية الارادة الظاهرة فهذه الارادة لم يشبها عيب، فالعيب انما لحقت بالارادة الباطنه، وعدم الاعتداد بهذا العيب الذى لم يعلم به المتعاقد الآخر، معناه عدم الاعتداد بالارادة الباطنة (١).

٤ - نصت المادة ١١٤ من القانون المدنى على أنه .

«١- يقع باطلا تصرف المجنون والمعتوه إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار الحجر .

٢- أما إذا صدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر فلايكون باطلا إلا اذا كانت حالة الجنون أو العته شائعه وقت التعاقد، أو كان الطرف الآخر على بينه منها» ويستخلص من النص السابق بمفهوم المخالفة أن التصرف الذى يبرمه المجنون أو المعتوه قبل تسجيل قرار الحجر عليه يكون صحيحاً مادامت حالة الجنون أو العته غير شائعه ولامعروفه لدى المتعاقد الآخر وقت العقد ولايمكن تفسير انعقاد العقد فى هذه الحاله صحيحاً إلا بالاستناد إلى الإراده الظاهرة، اذ لاتوجد إرادة باطنه إطلاقاً لدى المجنون أو المعتوه .

- واتجاه المشرع إلى الأخذ بالإرادة الظاهرة فى حالة التعارض مع

---

(١) د/ محمد لبيب شنب ، ص ٩٩، ١٠٠.

الإرادة الباطنة، يتفق مع مذهب الشافعية الذى اعتد بالعبارة حيث يرى أن العبارة سليمة فى حد ذاتها ولا اعتبار بالباعث على ذلك وان كان غير مشروع لأنه أمر خفى لم يذكر فى العقد فلايكون له تأثير فيه[(١)]، ولذلك أجاز صحة بيع العينة (٢).

هـ - علاوة على أنه من الناحية العملية : تقترب نظرية الإرادة الباطنة مع نظرية الارادة الظاهرة لأن نظرية الإرادة الباطنة تعتد بالتعبير عن الارادة اذا عجز صاحبها عن اثبات مخالفته لإرادته، وكثيراص مايعجز خصوصاً أثبت تعبيره كتابة لأنه لايجوز اثبات مايخالف الكتابة إلا بالكتابة[(٣)].

٦٦ - د- متى ينتج التعبير عن الإرادة أثره.

- إذا كان التعبير عن الإرادة ايجاباً : فإنه لاينتج أثره إلا اذا وصل الى علم من وجه اليه . والأثر هنا : صلاحية الايجاب لأن يقترن به القبول . وكذلك القبول : لاينتج أثره إلاإذا وصل إلى علم الموجوب والأثر هنا : هو انعقاد العقد.

ونظرا لأن العلم مسألة يتعذر اثباتها فى كثير من الحالات ولذا نجد أن القانون يجعل وصول القبول قرينه على علم الموجوب به وهذا مـاأقرته المادة ٩١ من القانون المدنى بقولها «ينتج التعبير عن الإرادة أثره فى الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجه اليه، ويعتبر وصول التعبير قرينه على العلم به، مالم يقم الدليل علي عكس ذلك».

---

(١) الأم ج ٢ ص ٣٣.

(٢) بيع العينة فى الفقه الإسلامى له صور كثيره تؤول كلها الى اتخاذ العقد وسيلة الى دفع مقدار من المال ليأخذ فيما بعد أكبر منه، ومن هذه الصور أن يبيع شخص لآخر سلعة بمائة جنيه مؤجلة ثم يشتريها منه بثمانين حالة، وقد يوسط البائع والمشترى بينهما شخص ثالث يشتريها من المشترى الأول بثمانين ويقبض السلعة ثم يبيعها للبائع بثمانين حاله، ومآل ذلك أن صاحب السلعة أعطي المشترى ثمانين حالة ليأخذ بدلها مائة عند حلول الأجل، وهذا هو الربا بعينه، فإذا قصد المتعاقدان من البيع ذلك فقد جعلا البيع وسيله الى ماحرمه الشارع وإن جرى العقد بينهما بألفاظ البيع والشراء. انظر د/ عيسوى أحمد عيسوى المدخل للفقه الإسلامى ص ٤١٣.

(٣) انظر د/ عبدالناصر العطار ، مرجع سابق ، ص ٢٤.

الفرع الثانى
توافق الإرادتين(١)

١٧ - عناصر الرضا (الايجاب والقبول).

يتكون الرضا من عنصرين : الايجاب والقبول، وعلى ذلك ينعقد العقد اذا صدر ايجاب من أحد العاقدين، واقترن به قبول مطابق له من المتعاقد الآخر. ومعنى ذلك : أن أى عنصر من هذين العنصرين الايجاب أو القبول لايكفى وحده لإنشاء العقد، ولذا يستلزم انعقاد العقد:-

أ- وجود كل من الايجاب والقبول.

ب - أن يقترن القبول بالايجاب وأن يكون مطابق له. ولذا نجد أنه مادام لم يقترن القبول بالايجاب، فإننا لانكون بصدد عقد، حتى ولو كان الايجاب قائم ولم يسقط، لأن صدور الايجاب من الشخص لايستلزم بالضرورة صدور قبول ممن وجه اليه الايجاب فهو مخير بين القبول والرفض.

كذلك فإن المفاوضات التى تسبق ابرام العقد حول طبيعته وأوصافه وشروطه لاتلزم أطرافها بشرط الا يكون المفاوض الذى رفض المفاوضات وقطعها قد اقترن سلوكه بخطأ أى انحراف عن سلوك المفاوض العادى(٢) ، كأن يدخل الشخص فى مفاوضات مع غيره دون أن تكون لديه نية التعاقد، ولو اسفرت المفاوضات عن شروط لصالحه، بل لمجرد التسلية أو اضاعة الوقت أو محاولة إضاعة فرصة على الطرف الآخر للتعاقد مع آخر، فهذه الصور تعتبر اساءة للطرف الآخر ينتج عنها خطأ تجاهه يتسبب فى إضراره الأمر الذى يترتب عليه التزام الشخص الذى قطع المفاوضات

---

(١) انظر د/ محمد لبيب شنب، مرجع سابق ص ١٠٢ ومابعدها بند ٧٧ ومابعده - د/ عبدالودود يحيى، مرجع سابق ص ٢١ بند ٢٤ ومابعده - د/ سليمان مرقس ، الوافى ، مرجع سابق، ص ١٧١ بند ٨٥ ومابعده - د/ عبدالناصر العطار، مرجع سابق، ص ٢٧ بند ١٢ ومابعده .

(٢) انظر د/ محمد لبيب شنب ، مرجع سابق، ص ١٠٢

serna (J.C.H) l Relus de contracter , 1967. P.179 et sviv.a

بالتعويض لجبر الضرر الذى لحق المفاوض الآخر، وتستند مسئولية المفاوض الذى يلتزم بالتعويض إلى المسؤولية التقصيرية لأنه لايوجد عقد بينهما.

هذا وسنتناول كل من عنصرى الرضا (الإيجاب والقبول) بالتفصيل على الوجه الآتى :-

أولا: الايجاب

١٨ - ماهية الايجاب (١):

يمكن تعريف الايجاب بأنه «تعبير الشخص عن إرادته بوجه حازم فى ابرام عقد معين مع شخص آخر» (٢).

أى هو التعبير البات عن إرادة شخص يعرض على آخر أن يتعاقد معه . فهو الارادة الأولي التى تظهر فى العقد، ولذلك يجب أن تتوافر فيه العناصر التى ذكرناها فيما يتعلق بوجود الاراده واتجاهها الى احداث أثر قانونى والتعبير عنها.

كما يجب فوق ذلك أن يشتمل على العناصر التى تجعله صالحاً لأن ينعقد به العقد حتى يصادفه قبول مطابق، وهذه العناصر هى على الأقل العناصر الجوهرية أو الأركان الأساسية التى لابد من توافرها لانعقاد العقد، فلو أن العقد المراد ابرامه عقد بيع : وجب أن يشتمل الايجاب

---

(١) فى الفقه الإسلامى: يختلف الأحناف عن جمهور الفقهاء فى تعريف الايجاب، حيث يعرفه الأحناف بأنه :« مايصدر أولا من أحد المتعاقدين دالاً على رغبته فى ابرام العقد» وهو يتفق مع تعريف الفقه القانونى والقبول : مايصدر ثانياً والا على موافقته على ماأوجبه الطرف الأول أما الجمهور: فيعرف الايجاب بأنه «مايصدر من المالك وإن صدر متأخراً أما القبول: فهو مايصدر متملك وان صدر متقدماً.

انظر (د/ محمد الحسينى حنفى، المدخل لدراسة الفقه الإسلامى، ج٢ ص ٣٥٨ ومابعدها طبعة ١٩٨٢م دار النهضة العربية - د/عيسوى أحمد عيسوى، المدخل للفقه الاسلامى ص ٣٨٢ ومابعدها

(٢) انظر د/عبدالودود يحيى، ص ٣١ ومابعدها بند ٢٥ ومابعده - د/محمد حسين الشامى، النظرية العامة للالتزامات فى القانون اليمنى «المعاملات الشرعية» ج١ مصادر الالتزام ص ٨٥ بند ٤٦ دار الفكر المعاصر - بيروت.

الصادر فى شأنه من البائع على بيان أن المقصود هو البيع، وتعيين كافى للمبيع، وتحديد الثمن واذا كان البائع يهتم بأمور أخرى تتعلق مثلا بميعاد التسليم ومكانه وجب عليه أن يذكر هذه الأمور أيضا فى الايجاب.

٦٩ - أساس القوة الملزمه للايجاب.

نصت المادة ٩٣ من القانون المدنى بقولها ١- اذا عين ميعاد للقبول التزام الموجب بالبقاء على ايجابه إلى أن ينقضى هذا الميعاد . (٢) - وقد يستخلص الميعاد من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة ».

ومن النص السابق نستخلص أن الإرادة المنفردة هى مصدر مصادر الالتزام، وبالتالى فإن أساس القوة الملزمة للايجاب هو القانون(١). كما يستخلص بمفهوم المخالفة للمادة المذكورة أن القاعدة أى الأصل : بخصوص الزامية الايجاب هى : أن الايجاب غير ملزم وبالتالى يجوز للموجب الرجوع عن الايجاب سواء أكان قد اتصل بعلم الموجه اليه أو لم يتصل به، فاتصال الايجاب بعلم الموجه اليه لايجعله ملزماً ولايحرم الموجب من القدرة على الرجوع عن ايجابه طالما أنه لم يحدد بارادته المنفردة ميعاد للقبول سواء كان ميعاداً صريحاً أو ضمنياً، حيث يكون الايجاب ملزماً استثناءاً من الأصل اذا كان قد عين موعداً للقبول سواء كان هذا التعيين صريحاً أو ضمنياً ، بمعنى أنه اذا حدد الموجب ميعاداً للقبول سواء كان هذا الميعاد صريحاً أو ضمنيا(٢)- يستخلص من ظروف الحال أو من طبيعته ومن أمثلة الميعاد الضمنى التقدم بعطاء فى مناقصة، إذ يعتبر العطاء ايجاباً مقترنا بميعاد ضمنى هو الوقت اللازم لفتح مظاريف المناقصة، ورسو العطاء فيعتبر الموجب ملزماً بالبقاء على ايجابه حتى ذلك الوقت(٣) .

(١) د/ عبدالحى حجازى - النظرية العامة للالتزام ج٢ ص ١٥٩ - د/محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص ١١ بند ٨٣

(٢) د/ محمد لبيب شنب ص ١٠٩، ١١٠

(٣) د/ عبد الودود يحيى، مرجع سابق ، ص ٣٢، ٣٣

أو كمن يعرض أن يبيع شيئا تحت التجربة فإن هذا الايجاب يستفاد منه أن صاحبه قصد الارتباط بإيجابه طوال المدة اللازمة للتجربة .

٧٠ - أثر الايجاب(١).

ينتج الإيجاب أثره بانعقاد العقد بوصول القبول المطابق للايجاب الى علم الموجب، ويعتبر تسلم الموجب القبول قرينه بسيطه على العلم بالقبول، وذلك طالما أن الايجاب قائماً ولم يسقط، فإذا سقط الايجاب ولم يعد له وجود وبالتالي فلا ينتج اثره بانعقاد العقد إذا صدر القبول بعد سقوط الايجاب.

٧١ - سقوط الايجاب.

ان الايجاب هو الإرادة الأولى في التعاقد - كما ذكرنا من قبل - والايجاب قد يكون ملزماً أو غير ملزم، **ويكون الايجاب ملزماً** : فى حالة التعاقد بين غائبين (الفترة التى يراها القاضى)، وفى حالة ما إذا التزم الموجب بالبقاء على ايجابه فتره معينه (٢).

أما بالنسبة للايجاب غير الملزم : فهو الايجاب الذى يكون بين حاضرين ولم يرتبط به قبول مطابق له فى مجلس العقد، أو لم يحدد الموجب فتره زمنية معينه لايجابه.

وعلي ذلك فإن الايجاب يسقط أو يزول كل أثر له ويعتبر غير موجود فى الأحوال الآتية .

١- أن يعدل الموجب عن ايجابه وذلك فى حالة ما اذا كان الايجاب غير ملزم اي لم يقترن بميعاد صريح أو ضمني، لأن الأصل في الايجاب - كما ذكرنا - أنه غير ملزم .

---

(١) د/ محمد لبيب شنب ، ص ١١١ ومابعدها بند ٨٤ - د/ محمد حسين الشامي، مرجع سابق، ص ٨٩، ٩٠ بند ٥٤ - أ.د/عبدالودود يحيى ص ٢٣ ومابعدها بند ٢٧.

(٢) د/ محمد حسين الشامي ، مرجع سابق، ص ٨٩ بند ٥٤.

٢- أن تنقضى المدة التي يكون الايجاب فيها ملزماً دون أن يقترن خلالها بقبول، لأن تحديد الموجب موعداً للقبول، يقصد به غالباً الا يبقى ايجابه قائماً إلا خلال هذا الموعد .

٣ - أن يرفض الموجب له الايجاب، بحيث اذا ماعدل الموجوب له (الرافض) عن رأيه وأراد ابرام العقد، أو أنه رد بإرادة تخالف ارادة الموجب، فإن ارادته لاتعتبر قبولا بل تصبح ايجاباً جديداً يحتاج الى قبول ممن كان قد أصدر الايجاب الأول الساقط .

٤- اذا كان التعاقد بين حاضرين، وانفض مجلس العقد قبل أن يقترن به القبول، ويستوى أن ينفض مجلس العقد حقيقة، كما اذا أفترق الراغبان فى التعاقد أم حكماً كما لو انصرفا فى الحديث عن موضوع العقد إلى موضوع آخر.

٥ - أن يتقدم الموجب له بعطاء (قبول) يزيد على عطاء (ايجاب) الموجب الذى تقدم به فى مزايده علنيه فإن الايجاب يسقط فى هذه الحالة، ولوكان العطاء الأول باطلا (م ٩٩ مدنى) وذلك علي أساس أن عدم قبول العطاء الأول فوراً يعتبر رفضاً له.

٦- اذا هلك محل الايجاب بسبب لايد للموجب فيه .

ثانياً القبول(١)

٧٢ - تعريف :

القبول : هو التعبير البات عن إرادة الطرف الذى وجه اليه، يفيد موافقته لما أوجبه الطرف الأول . فهو الإراده الثانية فى العقد بينما الايجاب هو الإرادة الأولى .

ويؤدى القبول إلى اتمام العقد حتى وصل إلى علم الموجب وكان

(١) انظر د/محمد لبيب شنب ، ص١١٢ بند ٨٥ - د/سليمان مرقس ، ص ١٧١بند ٨٩، ٩٠ د/ عبدالودود يحيى ، ص ٢٤ ومابعدها - بند ٢٨ - د/عبدالناصر العطار ، ص ٢٩ ومابعدها بند ١٤ ومابعده.

الايجاب مازال قائماً أى لم يكن قد سقط بسبب من الأسباب التى سبق ذكرها(١).

٧٢ - شروط القبول :

لكى ينتج القبول أثره فى انعقاد العقد يشترط توافر الشروط الآتية .

٧٣ - الشرط الأول :

مطابقة القبول للايجاب.

لايكفى أن يصدر القبول من القابل بل يشترط أن يكون هذا القبول موافقاً لما أوجبه الطرف الأول أى الموجب وذلك فى كل المسائل التى تناولها الايجاب أيا كان حظها من الأهمية (١) فإذا جاء مطابقاً بالنسبة للبنود الجوهرية كالبنود المتضمنة لأركان العقد وحصل اختلاف بالنسبة للبنود الثانوية فإن العقد لاينعقد لعدم التطابق بين القبول والايجاب، وبالتالى لايكون هناك رضاً متبادل بالعقد، وتعتبر العبارة المخالفة للايجاب والصادرة من الطرف الثانى بمثابة ايجاب جديد يحتاج الى قبول مطابق من الطرف الآخر فى مجلس العقد حتى ينعقد العقد، وهذا ماعبرت عنه المادة ٩٦ مدنى مصرى بقولها« إذا اقترن القبول بما يزيد فى الايجاب أو يقيد منه أو يعدل فيه، اعتبر رفضاً يتضمن ايجاباً جديداً».

وعلى ذلك اذا عرض شخص علي آخر أن يبيعه منزله بمبلغ مائة الف جنيه علي أن يسلمه له بعد شهرين، فقبل الموجه اليه الايجاب العرض بشراء المنزل بنفس المبلغ بشرط أن يسلمه اليه فوراً أو بعد أسبوعين فإن عقد البيع لاينعقد لأن القبول جاء مخالفاً للايجاب فيما يتعلق بموعد التسليم ويعتبر عرض المشترى بمثابة ايجاب جديد يحتاج الى قبول مطابق له من البائع لينعقد العقد.

- أما اذا أقتصر الايجاب علي المسائل الجوهرية دون التصرف

(١) أنظر بند ٧١

(٢) د/محمد لبيب شنب ، ص ١١٦ - د/اسماعيل غانم ص ١١٥ رقم ٦٣.

للمسائل التفصيلية أو الثانوية، فيكفى أن يتفق القبول مع الايجاب بالسنبة الى المسائل الجوهرية، أما إذا اشترط الموجب ضرورة الاتفاق على المسائل التفصيلية ففى هذه الحاله لاينعقد العقد رغم تطابق القبول والايجاب بشأن المسائل الجوهرية التى تضمنها الايجاب.

أما إذا لم يشترط الطرفان ضرورة الاتفاق علي المسائل التفصيلية فإن العقد ينعقد بتطابق القبول مع الايجاب بشأن المسائل الجوهرية، ويكون على الطرفين أن يتفقا فيما بعد علي المسائل التفصيلية أو الثانوية أو فى حالة عدم التوصل الى اتفاق على المسائل التفصيلية أو الثانوية ففى هذه الحالة يقضى القاضى فيها طبقاً الطبيعة المعاملة وفقاً للقوانين المكملة العرف أو العدالة (١) وقد أكدت هذاالمعنى المادة (٩٥ من القانون المدنى) بقولها« اذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية فى العقد، واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن العقد لايتم عند عدم الإتفاق عليها. أعتبر العقد قد تم، واذا قام خلاف فى المسائل التى لم يتم الاتفاق عليها، فإن المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة المعاملة، ولأحكام القانون والعرف والعدالة ».

٧٥ – الشرط الثانى : يجب أن يكون الايجاب مايزال قائماً .

يشترط لانعقاد العقد أن يكون القبول قد وصل الى علم الموجب ومازال الايجاب الذى صدر منه قائماً لأن العقد لاينعقد إذا سقط الايجاب.

مثل صدور القبول من القابل ووصوله الى علم الموجب، لأننا فى هذه الحاله لانكون إلاأمام إرادة واحده هى إرادة من صدر عنه القبول المتأخر لأن سقوط الايجاب يجعله كأن لم يكن. ويعتبر القبول فى هذه الصورة بمثابة ايجاب صدر من الطرف الآخر موجه الى الطرف الأول فإن اقترن بقبول ومطابق له انعقد العقد.

---

(١) انظر د/ محمد لبيب . شنب، مرجع سابق، ص ١١٦، ١١٧.

٧٦ - الشرط الثالث : اتصال القبول بعلم الموجب .

لكي ينتج القبول أثره بانعقاد العقد لابد وأن يعلم به الموجب وفقاً القاعده العامه التي نصت عليها المادة ٩١ من القانون المدنى بقولها« ينتج التعبير عن الارادة أثره من الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجه اليه ويعتبر وصول التعبير قرينه علي العلم به مالم يقم الدليل على عكس ذلك» وبالتالى ينعقد العقد وتصبح له قوة ملزمة فلا يجوز الرجوع فى القبول لأن هذا الرجوع يكون بمثابة تحلل من القوة الملزمه للعقد، وهو لايجوز إلا باتفاق المتعاقدين.

- ولكن ما الحكم اذا توفى من صدر منه التعبير عن الأرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره؟

أجابت عن ذلك المادة ٩٢ مدنى بقولها« اذا مات من صدر منه التعبير عن الأرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره فإن ذلك لايمنع من ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه اليه، هذا مالم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل».

ومما سبق نجد أن ورثة الموجب يقومون مقامه فى العلم بالقبول فينعقد العقد باتصال القبول بعلم ورثة الموجب مالم تكن شخصيته محل اعتبار وفى هذه الحاله لايقوم الورثه مقام الموجب المتوفي فى العلم بالقبول وبالتالى لاينعقد العقد.

وهذا ينطبق أيضا فى حالة موت الموجه اليه الايجاب قبل العلم به بحيث يحل ورثه الموجه الهي الايجاب محله فى العلم بالايجاب مالم تكن شخصية الموجه اليه الايجاب محل أعتبار وبالتالى فلا يحل ورثته محله فى العلم بالقبول.

- والأحكام السابقه تنطبق أيضا فى حالة فقد الموجب أو القابل أهليته.

المطلب الثاني
صور خاصة للتراضي

٧٧ - عرضنا من قبل أحكام التراضي في الصورة الغالبه، وهو التعاقد بين حاضرين في مجلس واحد، ولكن هنا صور أخرى خاصة بالتراضى مثل : التعاقد بين غائبين أو بالمراسلة، أو أن هناك وعد بالتعاقد يسبق ابرام العقد أو يصحبه دفع عربون من أحد المتعاقدين، أو أن التعاقد يتم بواسطة نائب أو وكيل عن أحد طرفى العقد، أو أن ينفرد أحد الأطراف بوضع شروط العقد وبدون مناقشة الطرف الآخر وهو مايسمى بعقد الأذعان، وهذه الصور سوف نوضحها بشئ من الايجاز على الوجه الآتى.

الفرع الأول
التعاقد بين غائبين أو بالمراسلة

٧٨ - **التعاقد بين غائبين** هو الذى لايجمع المتعاقدين فيه مجلس واحد يجعل بينهما اتصالا مباشراً، بحيث تكون هناك فترة زمنية تفصل بين صدور القبول، وعلم الموجب به، فهذه الفتره لاتوجد فى التعاقد بين حاضرين، بينما توجد فى التعاقد بين غائبين، فهى التى يتوقف عليها التمييز بين هاتين الصورتين فى التعاقد(١) ، وعلى ذلك يعتبر التعاقد بطريق المسرة (الهاتف) تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان لأنه لاتوجد فترة زمنية تفصل بين صدور القبول وعلم الموجب به، إلا أنه يعتبر تعاقد بين غائبين من حيث المكان كما أنه يعتبر من قبيل التعاقد بين غائبين اذا حدد الموجب ميعاداً للقبول يصدر خلاله وأتاه القابل بقبوله خلال هذه الفترة الزمنية أعتبر العقد بين غائبين(٢).

---

(١) انظر د/عبدالناصر العطار، مرجع سابق ، ص ٣٦، ٣٧ بند ٢١.

(٢) انظر د/عبدالناصر العطار، مرجع سابق، ص ٣٦، ٣٧ بند ٢١.

ويقع التعاقد بين غائبين بطريق من طرق المراسلة، كالبريد أو البرق أو رسولا لايكون نائباً . وهذا المعنى يستفاد من نص المادة (٩٠ مدنى مصرى) والتى أجازت التعبير عن الإرادة باللفظ وبالكتابة بقولها « ١- التعبير عن الارادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالأشاره المتداولة عرفاً، كما يكون باتخاذ موقف لاتدع ظروف الحال شكا فى دلالته علي حقيقة المقصود .٢- ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنياً، اذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان علي أن يكون صريحاً».

٧٩ - تحديد زمان انعقاد العقد بين غائبين ومكانه .

صورة المسألة : « أن يبعث تاجر بالقاهرة خطاباً إلى أخر فى الإسكندرية يعرض عليه فى الخطاب أن يبيعه كميه من البضائع معلومة القدر والوصف والثمن، وقبل الأخير الصفقه، وبعث بالقبول إلى القاهرة محل الموجب».

والمطلوب : هو تحديد زمان انعقاد العقد ومكانه، هل انعقد وقت أن صدر القبول أم أنه انعقد فى الوقت الذى علم فيه الموجب بالقبول، ثم أين مكان انعقاد العقد أهو في محل الموجب أم في محل الموجب له؟(١).

ان تحديد زمان ومكان انعقاد العقد له أهمية كبيرة فى تحديد بدء سريان آثار العقد ومواعيد التقادم، ومواعيد الدعاوى المتعلقة به، والاختصاص القضائى بنظر الدعوى المتعلقة بالعقد.... الخ

ولقد ثار خلاف بين الفقهاء بشأن تحديد زمان ومكان انعقاد العقد بين غائبين وظهرت فى هذا الصدد نظريات أربع هى : نظرية اعلان القبول، ونظرية تصدير القبول، ونظرية استلام القبول، ونظرية العلم بالقبول، وسوف نشير الى هذه النظريات على الوجه الآتى .

(١) انظر فى عرض المقال د/محمد حسين الشامى ، النظرية العامة للالتزامات فى القانون اليمنى ص ١٠٣، ١٠٤ بند ٦٦.

٨٠- أولاً : نظرية اعلان القبول.

- مضمون النظرية : يعتبر التعاقد بين غائبين قد تم بمجرد أن يعلن القابل قبوله لما أوجبه الموجب، لاعتبار أن لحظة اعلان القبول هو الوقت الذى تم فيه توافق الإرادتين .

ولذا نجد أن أنصار هذه النظرية يرون أنها تتفق مع القواعد العامة، علاوة على أنها تتفق مع ماتتطلبه الحياة التجارية من سرعة فى المعاملات .

- عيوب النظرية.

نجد أنها تعلق انعقاد العقد على ارادة القابل إذ يستطيع الرجوع عن القبول قبل علم الموجب به، ولايستطيع الموجب أن يثبته اذا أراد أن يتمسك بالعقد الذى تم . بينما القبول إرادة، والإرادة لاتنتج أثرها بمجرد اعلانها، وإنما من وقت العلم بها.

٨١ - ثانياً : نظرية تصدير القبول.

مضمون النظرية.

يعتبر التعاقد بين غائبين قد تم عند تصدير القبول، وفى ذلك عدم تمكن القابل من الرجوع عن قبوله قبل أن يعلم به الموجب، ويكون ذلك بوضع الرسالة في صندوق البريد أو سلم البرقية إلى مكتب التلغراف(١).

عيوب النظرية .

أن هذه النظرية لاتزيل الخوف الذى لحق بالنظرية السابقة «اعلان القبول» فى أن القابل يستطيع العدول عن قبوله باسترداد البرقية أو الرسالة لأنها ملك لمرسلها، ويستطيع استردادها طالما لم تصل إلى المرسل اليه.

---

(١) أخذ بهذا المعنى القانون الأردنى (م١/١) ، والتونسى (م٢٨)

٨٢ - نظرية تسلم القبول.

مضمون النظرية : أن التعاقد بين غائبين لايتم إلا إذا تسلم الموجب القبول حيث يصبح القبول نهائياً، إذا تسلمه الموجب - بطرف النظرية عن علم الموجب بالقبول أو عدم علمه - لأن القابل لن يستطيع فى هذه الحالة استرداد قبوله (١).

عيوب النظرية .

يؤخذ علي هذه النظرية أن تسلم القبول ليس دليلا أو قرينه علي علم الموجب به، واذا افترضنا أن تسلم الموجب للقبول يعتبر قرينه على العلم فإن هذا الافتراض يحتاج الى نص يجعل تسلم الموجب للقبول قرينه قاطعه أى لاتقبل اثبات العكس، أما إذا جعلنا تسلم القبول من قبل الموجب قرينه بسيطه أى يجوز اثبات عكسها فإن هذه النظرية تختلط بنظرية العلم بالقبول وبالتالى تفقد استقلالها.

٨٣ - رابعاً : نظرية العلم بالقبول :

مضمون النظرية .

أن التعاقد بين غائبين لاينعقد إلا فى وقت الذى يتصل فيه القبول بعلم الموجب علي اعتبار أنه الوقت الذى تنتج فيه الارادة أثرها، وبهذا يتحدد زمان انعقاد العقد بالوقت الذى علم فيه الموجب بالقبول، ومكانه: هو مكان علم الموجب بهذا القبول(٢) ، هذا ويعتبر وصول القبول الى الموجب قرينه على العلم به، ولكن هذه القرينه بسيطه تقبل اثبات عكسها اذ يستطيع الموجب أن يثبت أنه لم يعلم بالقبول رغم وصوله.

وقد عبرت عن هذه النظرية المادة ٩٧ مدنى مصرى بقولها .

١- يعتبر التعاقد مابين الغائبين قد تم فى المكان وفى الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، مالم يوجد اتفاق أو نص قانونى بغير ذلك.

---

(١) أخذ بهذا الاتجاه : القانون الالمانى (م١٣٠)

(٢) أخذ بهذه النظرية : القانون الليبى (م٩٧) ، والقانون العراقى (م٨٧)

٢- ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول فى المكان وفى الزمان اللذين وصل اليه فيهما هذا القبول».

وتمتاز هذه النظرية فى أنها تطبيق لما أخذ به في تحديد الوقت الذى تنتج فيه الارادة أثرها، حيث نصت المادة (٩١ مدنى مصرى) على أن الارادة لاتنتج أثرها إلا بوصولها إلى علم من وجهت اليه وذلك بقولها« ينتج التعبير عن الإرادة أثره فى الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجه اليه. ويعتبر وصول التعبير قرينه على العلم به مالم يقم الدليل على عكس ذلك ».

٨٤ - النتائج المترتبة على تحديد زمان ومكان انعقاد العقد.

يترتب على تحديد زمان ومكان انعقاد العقد وفقاً لما نصت عليه المادة (٩٧ مدنى مصرى) والتى أخذت بنظرية العلم بالقبول أهمية تتمثل فيما يلى:-

١- معرفة القانون الواجب التطبيق من حيث الزمان.

فإذا صدر قانون جديد قبل علم الموجب بالقانون اعتبر العقد لاحقاً على صدور القانون الجديد، ومن ثم ينطبق هذا القانون الجديد على العقد.

أما العقود التي تنعقد قبل العمل بالقانون الجديد فلا تخضع له إلا في حالتين .

أ- اذا نص القانون الجديد علي سريانه على الوقائع السابقة علي تنفيذه .

ب - اذا كانت نصوص القانون الجديد متعلقة بالنظام العام أو الآداب بشرط أن لاتمس ماتم واستقر من قبل أو تعلق الأمر بتغيير تشريع سابق .

٢- من حيث الآثار المترتبة علي انعقاد العقد.

ان تحديد زمان ابرام العقد هو الذي يحدد الوقت الذى ينتج فيه أثاره، كانتقال الملكية، واستحقاق الثمار،

٣ - تحديد مكان انعقاد العقد.

ينعقد العقد فى المكان الذى علم فيه الموجب بالقبول، ولتحديد مكان انعقاد العقد أهمية من ناحية .

أ - الاختصاص المحلى للمحاكم : تعتبر المحكمة المختصة بفصل النزاع هي المحكمة التى يوجد بدائرتها الموجب وقت علمه بالقبول(١).

ب - من حيث تطبيق قواعد القانون الدولى الخاص : تنص المادة ١/١٩ مدنى على أن يسرى على الالتزامات التعاقدية، قانون الدولة التى يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين اذا اتخذا موطناً، فإن اختلفا موطنا يسرى قانون الدولة التى فيها العقد، هذا مالم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه...».

كما تنص المادة (٢٠ مدنى) على أن « العقود مابين الأحياء تخضع فى شكلها لقانون البلد الذى تمت فيه، ويجوز أيضاً أن تخضع للقانون الذى يسرى على أحكامها الموضوعية، كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطني المشترك.

وتحديد المكان الذى يعتبر أن العقد تم فيه يمكن من تعيين القانون الذى يحكم الشكل اللازم لابرام العقد، وكذلك تعيين القانون الموضوعى الذي يحكم آثار العقد أيضا.

٤- تختلف آثار استحالة تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد تبعاً لما اذا كانت هذه الاستحالة تمت قبل انعقاد العقد أم بعد ذلك، ولذا فإن تحديد وقت انعقاد العقد يحدد من يتحمل مسؤولية الاستحالة .

---

(١) انظر محمد حسين الشامى ، مرجع سابق ، ص ١٠٨

الفرع الثانى
الوعد بالتعاقد(١)

٨٥ - تعريف الوعد بالتعاقد.

عقد يلتزم بمقتضاه أحد الطرفين أو كل منهما نحو الآخر بأن يعقد العقد الموعود به فى المستقبل متى أظهر الموعود له رغبته خلال المدة المتفق عليها.

فهو عقد كامل يتم بايجاب من الواعد وقبول من الموعود له ولكنه يمهد لعقد يراد ابرامه وبذلك يتميز الوعد بالتعاقد عن مجرد الايجاب فالايجاب حتى فى الحالات التى يكون فيها ملزماً يتكون من إرادة واحده اذا لم يقترن به قبول بعد، أما الوعد بالتعاقد فهو يتكون من ايجاب اقترن به قبول مطابق.

والغالب فى الوعد بالتعاقد أن يكون عقداً ملزماً لجانب واحد هو الواعد حيث لايلتزم الموعود له بشئ أى هو بحسب الأصل عقد غير تبادلى اذ لايترتب عليه التزامات إلا فى جانب واحد فقط هو الواعد، أما الطرف الآخر وهو الموعود له فلا يلتزم بأى أداء بمقتضى الوعد الذى رضى به.

ولكن فى بعض الحالات يكون الوعد بالتعاقد ملزماً للجانبين وعندئذ يسمى اتفاقاً أو عقداً ابتدائياً.

- ومن صور الوعد الملزم لجانب واحد.

أن يكون هناك شخص فى حاجة الى قطعة أرض مجاوره، ولايستطيع شراءها فى الحال، فيعقد مع صاحب هذه الأرض اتفاقاً يتعهد فيه هذا بأن يبيع الأرض له إذا أبدى رغبته فى شرائها خلال مدة معينة(٢).

---

(١) انظر د/سليمان مرقس، الوافى، مرجع سابق، ص ٢٠٣ بند ١١٠ ومابعده - د/محمد لبيب شنب، ص ١٣١ بند ٩٩ ومابعده - د/عبدالودود يحيى ص ٤٥ بند ٣٦ ومابعده - د/ عبدالناصر العطار، ص ٤٣ بند ٣٤ ومابعده.

(٢) د/عبدالودود يحيى، ص ٤٦ بند ٣٦

- ومن صور الوعد الملزم للجانبين:ـ

أن يتفق شخصان على أن يوقع كل منهما عقداً نهائياً ببيع أحدهما للآخر قطعة أرض فور استخراج بعض المستندات فيكون هذا اتفاقا ابتدائياً على قواعد بالبيع والشراء (١).

٨٦ - شروط الوعد بالتعاقد

نصت المادة ١٠١ من القانون المدنى على أن « ١ - الاتفاق الذى يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بابرام عقد معين في المستقبل لاينعقد، إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، والمدة التي يجب إبرامه فيها.

٢- وإذا أشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين، فهذا الشكل تجب مراعاته أيضاً في الاتفاق الذي يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد».

ومن النص السابق يمكن لنا أن نستخلص الشروط الواجب توافرها في انعقاد الوعد بالتعاقد وذلك على الوجه الآتى :ـ

أ - حصول الاتفاق على طبيعة الوعد اتفاقاً صحيحاً .

وهذا يعنى ضرورة وجود الايجاب والقبول متطابقين - فيما يتعلق بماهية العقد والآثر المقصود منه، فإذا عرض الموجب أن يرتبط مع الطرف الآخر بوعد متبادل، وقبل الطرف الآخر أن يرتبط بوعد ملزم لجانب واحد فلا ينعقد العقد بينهما وعد متبادل ولاوعد ملزم لجانب واحد لعدم اتفاقهما علي طبيعة العقد(٢) ـ صادرين عن إرادة سليمة من العيوب أى خالية من عيوب الرضا، وأن يكون الايجاب والقبول صادرين من ذوى أهلية لابرام العقد الموعود به.

ب - تعيين جميع المسائل الجوهرية للعقد الموعود به .

لايكفى لانعقاد الوعد بالتعاقد الاتفاق على طبيعة الوعد بالتعاقد بل يجب أن يتم الاتفاق بالإضافة الي ذلك علي جميع المسائل الجوهرية للعقد الموعود به، ومنها : أركان العقد وشروطه الأساسية، فمثلا فى عقد البيع

---

(١) انظر عبدالناصر العطار ، ص ٤٤ بند ٢٤ .

(٢) د/سليمان مرقس ص ١١١ بند ١١٢ .

يجب الاتفاق علي المبيع والثمن، وإذا كان ايجاراً وجب الاتفاق علي المنفعة المؤجرة والأجرة.

واكدت هذا المعنى محكمة النقض بقولها : « أن المقصود بالمسائل الجوهرية أركان العقد وشروطه الأساسية التى يرى العاقدان الاتفاق عليها والتي ماكان العقد يتم بدونها »(١).

حـ - تعيين المدة التى يجب فيها ابرام العقد الموعود به :

ان تعيين المدة قد يكون صراحة كالاتفاق على أن تكون سنة مثلاً أوشهراً، وقد يكون التعيين ضمنيا يستخلص من ظروف التعاقد، سواء استخلصها طرفا الوعد أم استخلصها القاضى عند عرض النزاع عليه. هذا ويترتب على عدم تعيين هذه المدة عدم انعقاد الوعد أو يقع باطلا بطلانا مطلقاً ولايترتب عليه أى أثر (٢). فلايجوز للواعد أن يعين هو من تلقاء نفسه مده يعلن بها الموعود له، ولايجوز للمحكمة أن تكمل العقد بتحديدها مده يستعمل فى خلالها الموعود له حقه فى الشراء(٣).

د - هل يعتبر الشكل ركنا فى الوعد بعقد شكلى، كما هو ركن فى العقد الموعود به؟

يستفاد من نص الفقرة الثانية من المادة ١٠١ مدنى بقولها : وإذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين، فهذا الشكل تجب مراعاته أيضاً فى الاتفاق الذى يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد» أنه يشترط في الوعد بعقد شكلى كالرهن الرسمى، توافر الشكل المطلوب فى ذلك العقد أى أنه يشترط فى الوعد برهن رسمي أن يكون هو أيضا فى ورقة رسمية .

فمثلا إذا وعد شخص آخر بأن يرهن له عقاراً رهناً رسمياً، فيشترط لانعقاد الوعد بالرهن أن يتم فى ورقة رسمية، لأن عقد الرهن ذاته لابد أن تتم فى ورقة رسمية(٤).

---

(١) نقض مدنى ١٩٧٧/٤/٢٧ ، مجموعة احكام النقض ٢٤-٦٤٩ - ١١٥

(٢) انظر نقض مدنى ١٩٧٧/٣/٣٠م ، مجموعة احكام النقض ٢٨-٨٦٥-١٥١

(٣) انظر نقض مدنى ١٩٨٠/٢/٢٧، مجموعة احكام النقض ٣١-٦١٨-١٢١ - انظر د/سليمان مرقس، ص ٢١٣.

(٤) د/سليمان مرقس ص ٢١٤ بند ١١٤.

وكان من مقتضى عدم توافر الرسمية في الوعد بالرهن أن يكون الوعد باطل بطلاناً مطلقاً .

ولكن بتقريب نص المادة ١٠٢ مدني والذى جاء فيه « اذا وعد شخص بابرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالباً تنفيذ الوعد وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وبخاصة مايتعلق منها بالشكل متوفره، قام الحكم متى حاز قوة الشئ المقضى به مقام العقد» مع نص المادة ١٠١/٢ مدنى يتضح أن اشترط توافر الشكل فى عقد الوعد ليس لكونه ركنا فيه ولكن لامكان الحصول بمقتضاه علي حكم يقوم مقام العقد الموعود به فى حالة نكوص الطرف الآخر وأمتناعه عن تحرير عقد الرهن الموعود به فإذا صدر الوعد بالرهن مثلا دون ورقة رسمية، لايحق للموعود له أن يستصدر على عقد الوعد غير الرسمى حكما يقدم مقام الرهن ولكن أثر عقد الوعد العرفى أى غير الرسمى هنا يقتصر على انشاء التزام شخصى على الراهن بانشاء حق الرهن ويكون تنفيذ هذا الالتزام جبراً على المدين أمراً مستحيلا بل يحق بمقتضاه للموعود له بأن يطالب الحكم عليه بالتعويض طبقا للقواعد العامه فى جزاء الأخلال بالمسؤلية العقديه، أو الحكم باسقاط أجل الدين وبالزام المدين بالوفاء فوراً (١).

ويجوز فى الحالين للدائن أن يحصل بمقتضى هذا الحكم على اختصاص بعقار من عقارات المدين فيكون هو العقار الموعود برهنه أو غيره(٢).

أما اذا اتفق الطرفان المتواعدان على أن يكون العقد نهائى بينهما عقداً شكليا وكان القانون يعتبره رضائيا، فلا يلزم أن يكون عقد الوعد شكلياً (٣).

---

(١) د/ سليمان مرقس ، الوافى ، ص ٢١٤ بند ١١٤ – د/ اسماعيل غانم ، النظرية العامة للالتزامات ص ١٤٢ ، رقم ٧٦ – وقارن السنهورى ، الوسيط ، ص ٢٧٠ ، ٢٧١ رقم ١٣٥. د/ محمد لبيب شنب ، ص ١٣٦، ١٣٧ بند ١٢

(٢) د/ سليمان مرقس ، الوافى ص ٢١٤ بند ١١٤

(٣) د/ عبدالناصر العطار ، ص ٤٤

٨٧ - اثر الوعد بالعقد :

سنوضح أثر الوعد الملزم لجانب واحد، ثم أثر الوعد الملزم للجانبين.

٨٨ - أ - أثر الوعد الملزم لجانب واحد :

يترتب على الوعد الملزم لجانب واحد فى ذاته بمجرد ابرامه وجود التزام يقع على جانب الواعد بضرورة الالتزام بابرام العقد الموعود به مع الموعود له إذا ابدى رغبته فى إتمام العقد خلال المدة المتفق عليها، ولايترتب على الوعد بالتعاقد أي أثر من اثار العقد الموعود به إلا اذا تم ابرامه، أما قبل ابرامه فلا يترتب أي أثر من آثاره في نمة الواعد أو الموعود له. فإذا كان وعداً بالبيع مثلاً : فهو لايلزم الواعد بنقل ملكية الشئ المبيع، ولابتسليمه للموعود له، كما لايلتزم الموعود له أى المشترى بدفع الثمن ولايخوله الحق فى ثمار المبيع لأن هذه الآثار هى آثار البيع موضوع الوعد فلا تنشأ إلا بعد أن يتم تنفيذ الوعد أى بعد أن يتم ابرام عقد البيع.

- هذا ويترتب على الوعد بابرام العقد الموعود به حق شخصى للموعود له، هذا الحق يخول له حق التصرف بالبيع فى الشئ الموعود به الى الغير خلال المدة المحددة، ويعتبر ذلك موافقة ضمنيه صادرة من الموعود له برغبته فى إتمام العقد، وتظهر أهمية ذلك فى حالة زيادة قيمة المبيع في الفترة مابين الوعد والأجل المعين للاختيار، وأراد الموعود له أن يستفيد من ذلك بالرغم من عدم رغبته فى الشراء أو ليس لديه مال بأن يبيعه الى الغير بالثمن المسمى فى عقد الوعد وينزل اليه عن حقه فى شراء المال المذكور بهذا الثمن فى مقابل جزء من زيادة القيمة.

- أما إذا لم يستعمل الموعود له حقه فى إبداء الرغبة فى اتمام العقد خلال المدة المحددة أو صرح قبل نهايتها بأنه لايرغب فى استعمال هذا الحق انتهى بذلك عقد الوعد، وينقضى بانتهائه التزام الواعد، ويعتبر الوعد كأن لم يكن.

- كما أنه اذا كنا بصدد الوعد بعقد البيع وقبل الموعود له قبل انقضاء المدة المحددة لذلك فإن الواعد في هذه الحاله يعتبر بائعاً ويلتزم بنقل الملكية الى الموعود له الذى يصير مشترياً، كما يلتزم المشترى بدفع الثمن، ولكن اذا نكل البائع فى تنفيذ التزامه، فإن الواعد (المشترى) بمقتضى نص (المادة ١٠٢ من القانون المدنى) أن يلجأ إلى القضاء لاثبات التعاقد من وقت ابلاغه قبوله الشراء الى الواعد، ويقوم هذا الحكم متى حاز قوة الشئ المقضى به مقام العقد، ويحوز تسجيل الحكم، ويتم بهذا التسجيل نقل الملكية من الواعد الى الموعود له، حيث يعتبر الحكم القضائي هنا مقرراً لثبوت التعاقد فى تاريخ ابلاغ قبول الشراء للواعد، وليس حكما منشئاً للتعاقد [١].

وقد أكدت هذا المعنى م ١٠٢ مدنى بقولها «اذا وعد شخص بابرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالباً تنفيذ الوعد، وكانت الشروط اللازمه لتمام العقد وبخاصة مايتعلق منها بالشكل متوفرة، قام الحكم متى حاز قوة الشئ المقضى به مقام العقد».

٦٩ - ب - اثر الوعد الملزم للجانبين.

يترتب على هذا الوعد الملزم للجانبين، التزامات متبادله بين الواعد والموعود له، أى يتكون الوعد الملزم الجانبين من تعهدين متقابلين - فمثلا في الوعد بالبيع نجد أن تعهد البائع فيه هو وعد بالبيع، والآخر وعد بالشراء - ومن قبول كل من الطرفين تعهد الطرف الآخر.

وقد سبق أن ذكرنا[٢] أن المشرع المصرى اشترط فى انعقاد الوعد سواء كان ملزماً لجانب واحد أم ملزماً للجانبين أن تعين فيه المدة التى يجب فيها ابرام العقد الموعود به حيث نصت المادة (١/١٠١مدنى مصرى) بقولها « الاتفاق الذى يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بابرام عقد معين فى المستقبل لاينعقد إلا اذا ثبتت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد ابرامه، والمدة التى يجب ابرامه فيها...».

---

(١) انظر د/ سليمان مرقس ص ٢١٩ د/ محمود جمال زكى ص ١١٧ بند ٦٣

(٢) انظر بند ٨٦.

الفرع الثالث
النيابة فى التعاقد(١)

٩٠ - تعريف النيابة.

هو قيام شخص يقال له النائب أو الوكيل بابرام تصرف قانونى باسم شخص آخر ولحسابه يقال له الأصيل أو الموكل بحيث ينتج التصرف آثاره مباشرة فى ذمة الأصيل أى الموكل.

أى أن النيابة هى : حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل فى ابرام تصرف قانونى ينتج آثاره مباشرة فى ذمة الأصيل (٢).

٩١ - أنواع النيابة .

تنقسم النيابة من حيث المصدر التى يحدد نطاق سلطات النائب الى :

أ - نيابة اتفاقية(٣).

وهى التى يكون مصدرها الاتفاق، حيث يحدد الاتفاق نطاق سلطات النائب فى الوكالة.

ب - نيابة قانونية.

حيث يكون القانون مصدر وجودها، وهو الذى يحدد نطاق سلطات النائب، كما هو الحال فى نيابة الوصى والولى والقيم والسنديك والحارس القضائى .. الخ.

وفى النيابة القانونية قد يسمى القانون النائب مباشرة، كما فى الأب

---

(١) انظر د/ عبدالودود يحيي ، ص ٤٩ ومابعدها بند ٤١ - د/ سليمان مرقس ، ص ٢٢٤ بند ١١٨ د/ محمد لبيب شنب ، ص ٦٩ بند ٥٢ - د/ عبدالناصر العطار ص ٥٢ بند ٢٧ - السنهورى، الوسيط ج١ ص ١٨٩ بند ٨٣ - د/عبدالحى حجازى ، النظرية العامة للالتزامات في القانون الكويتى ١٩٨٢م بند ٥٤٨

(٢) د/ عبدالودود يحيى ، مرجع سابق ، ص ٤٩ بند ٤١.

(٣) يرى ادكتور / اسماعيل غانم : أن الأصح تسميتها بالنيابه الاراديه على أساس أن مصدرها إيراده الأصيل وحده ، ص ١٠٠ هامش (٢)

بحيث يعتبر ولياً على أولاده القصر بنص القانون دون حاجة الى حكم القضاء، وقد لايسمي النائب حيث يترك تحديده الى القضاء كما في الوصي والقيم حيث يكتفى القانون بتحديد الشروط الواجب توافرها فيه فقط، ويمكن تسمية الصورة الأخيرة من صور النيابة القضائية على أساس أن القضاء هو الذى يعين النائب بتخويل من القانون(١).

٩٠ - شروط تحقق النيابة(٢).

لاتتحق النيابة وتنتج آثارها إلا اذا توافرت فيها الشروط الآتية.

٩١- أ- حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل.

يشترط لصحة النيابة أن يعبر النائب بإرادته هو لاعن إرادة الأصيل، وذلك لإحداث آثار قانونية في ذمة الأخير، لأنه لو عبر بإرادة الأصيل دون إرادته لكان مجرد رسولاً وليس نائبا لأن الرسول هو مجرد ناقل لإرادة شخص الى شخص آخر نقلا مادياً ومقالها مصلحة التلغراف أو البريد(٣). بعكس النائب الذى يعبر عن إرادته لاحداث أثر قانوني ينصرف الى ذمة الأصيل، ولذا يشترط فيه الايكون مجنوناً أو صبياً غير مميزاً بعكس الرسول طالما أنه ينقل الاراده نقلا حرفياً، حيث ينظر في عيوب الإراده الى مايشوب إرادة الوكيل من عيوب، وليس مايشوب ارادة الأصيل من عيوب وقد أكدت هذا المعني المادة ١٠٤ فقرة ١ مدني مصري بقولها «اذا تم العقد بطريق النيابة، كان شخص النائب لاشخص الأصيل هو محل الاعتبار عند النظر في عيوب الإرادة، أو في أثر العلم ببعض الظروف الخاصة، أو افتراض العلم بها حتما ... ».

---

(١) د/ محمد لبيب شنب ، مرجع سابق ، ص ٧٠ بند ٥٤

(٢) انظر د/ محمد لبيب شنب ، مرجع سابق ، ص ٧١ بند ٥٥ - د/ عبدالناصر العطار مرجع ، ص ٥٢ بند ٢٨ د/ عبدالودود يحيى ، ص ٥ بند ٤٢ - د/سليمان مرقس ، الوافى ، ص ٢٢٩ بند ١٢٢.

(٣) د/ سليمان مرقس ، الوافى ، مرجع سابق ، ص ٢٢٩ بند ١٢٢

كما يعتبر التعاقد مع الوكيل حاصل بين حاضرين فى مجلس العقد حتى ولو كان الأصيل غير موجود فى المجلس(١).

- كما أنه فى النيابة الاتفاقية لايلزم أن يكون النائب كامل الأهلية حيث يكفى أن يكون مميزاً للعبارة، وبالتالي فإنه يجوز أن يكون النائب ناقص الأهلية بالنسبة للعقد الذى ينوب فيه عن غيره حيث يصح العقد ولو كان مما يتطلب فى العاقد أهلية التصرف كاملة، حيث يتشرط فقط هذه الأهلية - أى الأهلية الكاملة - فى الموكل وقت ابرام الوكيل للعقد.

ولايشترط ذلك فى النيابة القانونية حيث يحدد القانون أهلية كل من النائب والأصيل وغالباً يشترط القانون فى النائب أن يكون كاملا للأهلية(٢). لأن الأصيل غالباً مايكون معدوم الأهلية أو ناقصها.

- كما أنه لايغني في التعاقدات حُسن نية الوكيل عن حُسن نية الموكل، فإذا كان النائب وكيلاً وكان يتصرف وفقاً لتعليمات صادره من موكله فلا يصح أن يتمسك الموكل هنا بحسن نية نائبه اذا كان هو شخصاً سيئ النية، كأن يوكله فى شراء مال يعلم هو أوكان من المفروض أن يعلم أنه ليس مملوكاً لمن يبيعه. فإذا تم الشراء ورفعت دعوى الاستحقاق من المالك الأصلي فلا يحق للمشترى بطريق الوكالة أن يتمسك بقاعدة أن «الحيازة فى المنقول سند الملكية»، أو بقاعد التقادم الخمسى لأن كلتا القاعدتين تشترطان لتطبيقهما حُسن النية لدى من يتمسك بهما، وقد عبرت عن ذلك اعادة ٢/١٠٤ مدني بقولها« ومع ذلك اذا كان النائب وكيلا ويتصرف وفقاً لتعليمات معينه صدرت له من موكله، فليس للموكل أن يتمسك بجهل النائب لظروف كان يعلمها هو، أو كان من المفروض حتماً أن يعلمها.

٩٤ - ب - تعاقد النائب باسم الأصيل.

يراد بهذا الشرط أن تتوافر نية النيابة عند التعاقد، فهذه النية عند

---

(١) د/ سليمان مرقس ، الوافى ، مرجع سابق ، ص ٣٢٩ بند ١٢٣.

(٢) انظر د/ سلمان مرقس ، الوافى ، مرجع سابق ، ص ٢٣١

النائب ومن يتعاقد معه هي التي توجه آثار العقد الى الأصيل، فيجب أن تتجه ارادة النائب الى التعاقد باسم الأصيل ولحسابه، وهذه النية يفصح عنها النائب صراحة، وقد تستفاد ضمناً من الظروف، كما في حالة المستخدم الذي يبيع البضاعة في محل تجارى، وحالة الخادم الذي يشترى حاجيات لمن يعمل عنده، وحالة الوكيل بالعمولة(١).

– وعلى ذلك اذا تعاقد النائب باسمه فلا تكون هناك نيابة، وينصرف أثر العقد الى النائب وليس للأصيل، إلا أن القانون المدنى استثنى من ذلك حالتين جعل منهما أثر العقد الذي يبرمه النائب باسمه ينصرف الى الأصيل هما :

الأولى : حالة ما إذا وجدت بعض الظروف في التعاقد تجعل من المفروض حتماً على العاقد الآخر أن يعلم بهذه الصفة، وذلك كعامل البيع في متجر يبيع مايناط بيعه دون أن يذكر أنه يبيع باسم صاحب المتجر ولحسابه.

والثانية : هي الحالة التي تستوى عند المتعاقد الآخر أن تنصرف آثار العقد الى النائب أو الى الأصيل، كما في حالة بيع كتاب أو دابه(٢).

وقد عبرت عن الحالتين السابقتين المادة ١٠٦ مدنى بقولها «اذا لم يعلن العاقد وقت ابرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائباً، فإن أثر العقد لايضاف الى الأصيل دائناً أو مديناً، إلا إذا كان من المفروض حتماً أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب».

٥٩ – حـ – تعاقد النائب في حدود السلطة المخولة له.

تحل إرادة النائب محل إرادة الأصيل في الحدود المرسومة للنيابة،

---

(١) الوكيل بالعموله عقد يلتزم بموجبه الوكيل بالعموله أن يقوم باسمه بتصرف قانونى لحساب الموكل في مقابل أجر، فالوكيل بالعموله شخص يباشر التصرفات باسمه الشخص لحساب شخص آخر يسمى الموكل بمقتضى عقد الوكالة بالعموله. انظر د/ سميحه القليوبى ، شرح العقود التجارية – ص ٣٢ بند ٢٦ طبعة ١٩٩٢ دار النهضة العربية

(٢) نقض مدنى ١٩٨٠/٤/٢٤م ، مجموعة أحكام النقض ٣١– ١ – ١٢٠١ – ٢٣١.

فلايستطيع النائب أن يبرم تصرفاً ينصرف أثره الي الأصيل إلا إذا كان هذا التصرف يدخل في حدود السلطة المخوله للنائب، وهذه الحدود يعينها القانون أو الأتفاق بحسب ماإذا كانت النيابة قانونية أواتفاقية، ولذلك كان من المتعين على من يتعامل مع نائب أن يتثبت من قيام النيابة ومن حدودها(١).

وله في سبيل ذلك أن يطلب من النائب مايثبت نيابته وحدودها، فإن قصر في ذلك فعليه نتيجة تقصيره(٢).

فإذا جاوز النائب حدود السلطة المخولة له انسحبت عنه صفة النيابة فلاينتج التصرف أثره في حق الأصيل، وكذلك بالنسبة الى النائب أيضاً لأن النائب لم يقصد أن يلزم به نفسه فلا يلتزم، إلا أنه ليس معنى ذلك كأن العقد يكون معدوماً، وإنما يظل موقوف النفاذ علي إقرار الأصيل وحده فإذا أقره نفذ في حقه لأن الأصيل يملك توسيع حدود النيابة أي الإذن للنائب في مباشرة هذا العقد قبل مباشرته فهو يملك الموافقه عليه بعد انعقاده، عملا بالقاعدة الشرعية أن الإجازة اللاحقة كالإذن السابق، ويكون للإجازه اللاحقة ماللإذن السابق من أثر أي يجعل العقد نافذاً في حق الأصيل من وقت ابرامه لامن وقت اقراره أو اجازته فحسب(٣). أما اذا لم يقر ويجيز الأصيل هذا التجاوز ففي هذه الحالة لايستطيع الغير سوى الرجوع على النائب الذي تعاقد معه بالتعويض اذا كان هذا الغير حسن النية، وأصابه ضرر عن فعل النائب.

واستثناءً من ذلك :

تنصرف آثار العقد الى الأصيل رغم مجاوزة النائب لحدود نيابته اذا

---

(١) نقض مدني ١٩٨٢/٢/٣م في الطعن رقم ٨٢٦ سنة ٤٦ ق ، ١٩ يناير ١٩٨٤ في الطعن رقم ٤٢٨٠ سنة ٥٠ ق

(٢) نقض مدني ٢ مايو ١٩٧٩م ، مجموعة أحكام النقض ٣٠ - ٢ - ٢٦٣ - ٢٢٣.

(٣) د/ سليمان مرقس ، مرجع سابق ، ص ٢٢٣ ، ٢٣٤.

كان النائب ومن تعاقد معه حسني النيه، وكان الأخير يعتقد أن النائب يتعاقد في حدود نيابته المخوله له.

ومثال ذلك . انقضاء النيابة بموت الأصيل أو بعزل النائب، ويتم التعاقد دون علم النائب ومن تعاقد معه بذلك. اذ تنصرف أثر العقد في هذه الحالة الى الأصيل أو الى خلفائه في حالة وفاته، وقد اكدت هذا المعنى المادة (١٠٧ مدني مصرى) بقولها « اذا كان النائب ومن تعاقد معه يجهلان معاً وقت العقد انقضاء النيابة، فإن أثر هذا العقد الذي يبرمه، حقاً كان أو التزاماً يضاف الى الأصيل أو خلفائه».

٩٦- آثار النيابة.

عالجت المادة (١٠٥ مدني مصرى) آثار النيابة حيث نصت علي أنه «إذا ابرم النائب في حدود نيابته عقداً باسم الأصيل فإن ماينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف الى الأصيل» .

ومن النص السابق نجد أن آثار النيابة تتفرع علي الوجه الآتي .

٩٧- أولاً : آثار النيابة بالنسبة للأصيل.

تنصرف آثار العقد مباشرة الى الأصيل، وذلك طالما أن النائب قد ابرم العقد بصفته نائباً وفي حدود نيابته(١)، حيث تنصرف الي ذمته مباشرة حقوق والتزامات العقد دون حاجة الى أى إجراء آخر من النائب، وبالتالى فيحق له أن يطالب الغير الذى تعاقد معه نائبه بحقوقه الناشئة عن العقد.

٩٨- ثانياً : آثار النيابة بالنسبة للغير الذى تعاقد معه النائب.

إن الغير الذى تعاقد مع النائب يعتبر طرفاً في العقد، ويكون مسؤولاً في مواجهة الأصيل مباشرة - لا النائب - في تنفيذ الالتزامات المترتبة عليه نتيجة العقد الذى أبرمه مع النائب - إلا اذا كان النائب قد ثبتت له نيابة أخرى في تنفيذه ففي هذه الحالة يكون مسؤولا في مواجهة النائب عند

---

(١) د/ محمد لبيب شنب ، مرجع سابق ، ص ٧٨٠ بند ٦٢.

تنفيذ العقد، كما يحق للغير الذى تعاقد مع النائب فى هذه الحالة أن يطالبه بتنفيذ العقد اذا كان لهذا النائب ولاية تنفيذه ـ كما يحق للغير أن يطالب الأصيل بحقوقه الناشئة عن هذا العقد باعتبار انصراف اثار العقد الى ذمته مباشرة بدون حاجة الى صدور تصرف جديد من النائب بنقل الملكية اليه، اذ يعتبر الأصيل فى علاقته بنائبه هو المالك بغير حاجة الى أى اجراء(١).

ولكن اذا أثبت الغير خطأ تنتج عنه ضرراً في مواجهة الغير أثناء التعاقد فللغير أن يرجع على النائب لجبر هذا الضرر، ويتأسس هذا الرجوع علي أساس المسئولية التقصيرية، وليس المسئولية العقدية.

٩٩ - ثالثا : آثار النيابة بالنسبة للنائب.

تنتهى التزامات النائب فى مواجهة الأصيل اذا ابرم العقد الذى كلف بابرامه باسمه ولحساب الأصيل، وبالتالى فلايكون مسئولا بعد ذلك فى مواجهة الغير أو الأصيل عند الوفاء بالالتزامات المترتبة على التعاقد حيث تنصرف آثار العقد الى ذمة الأصيل والغير مباشرة دون المرور بذمة النائب، وبالتالى فلا يحق النائب أن يطالب بتنفيذ التزامات العقد إلا إذا ثبتت له نيابة أخرى فى تنفيذه.

كما أن العلاقة بينه وبين الأصيل يحكمها مصدر وجود النيابة سواء كان الاتفاق أو القانون أو الحكم القضائى .

١٠٠ - تعاقد النائب مع نفسه.

القاعدة العامة ، عبرت عنها المادة ١٠٨ مدني مصري بقولها «أنه لايجوز أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه، سواء أكان هذا التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر دون ترخيص من الأصيل على أنه يجوز للأصيل فى هذه الحالة أن يجيز التعاقد كل هذا مع مراعاة مايخالفه، مما يقضى به القانون وقواعد التجارة».

---

(١) نقض مدنى ٢٦ نوفمبر ١٩٦٨ ، مجموعة أحكام النقض المدنى ١٩- ١٥٨ - ١٠٧٣

والنص السابق يوضح لنا أن تعاقد الشخص مع نفسه قد تأخذ احدى صورتين(١).

الأولى : أن يتعاقد الوكيل مع نفسه باعتباره نائباً عن الموكل وأصيلا عن نفسه.

ومثال ذلك . أن يوكل البائع وكيلا لبيع سيارته فيقوم هذا الوكيل بشراء السيارة لنفسه.

وأما الثانية . أن يبرم النائب عقداً مع نفسه معبراً بذلك عن أرادتين أى باعتباره نائباً عن أصيلين، كما لو وكله البائع للبيع ووكله المشترى للشراء فأبرم هذا الوكيل العقد باعتباره وكيلا عن طرفى التعاقد.

– هذا النوع من التعاقد أثار جدلا فى الفقه القانونى حيث ذهبت بعض القوانين (٢) الى أن الأصل : هو تحريم تعاقد الوكيل أو النائب مع نفسه لاعتبار أن العقد يلزم لانعقاده توافر إرادتين متطابقتين، علاوة على أن وجود التعارض بين مصلحتى البائع والمشترى يقتضى التحرز عن مثل هذه التعاقدات، ولذلك لايجوز للنائب أو الوكيل التعاقد مع نفسه، وقد ذهب الى هذا الاتجاه القانون المدنى المصرى حيث نصت المادة ١٠٨ مدني السابق ذكرها الى عدم جواز تعاقد النائب أو الوكيل مع نفسه إلا إذا رخص له الأصيل بذلك، أو قضى به القانون أو قواعد التجارة .

– والتصريح للنائب بالتعاقد مع نفسه استثناءً مع الأصل وذلك فى احدى الحالات الآتية .

الأولى : إذا إذن له الأصيل فى ذلك.

بمعنى أن يكون هناك إذن سابق من الأصيل يسمح له بأن يتعاقد مع

---

(١) د/ محمد لبيب شنب ، ص ٧٨٠ بند ٦٢ – د/ محمد حسين الشامى ، ص ١٤٤ بند ٦٠٧ د/ سليمان مرقس ، ص ٢٤٢ بند ١٣٠

(٢) ذهب الى ذلك القانون الالمانى (م ١٨١ حيث نصت على أنه « لايجوز للنائب أن يتعاقد مع نفسه» والقانون الايطالى (م ١٣٩٥ حيث قالت : لايجوز للنائب أن يتعاقد مع نفسه دون ترخيص»

نفسه سواء لحسابه أم لحساب الغير باعتباره أصيلاً عنهما كما أن للأصيل الحق فى إجازة تعاقد النائب مع نفسه، لأن الإجازه اللاحقه كالإذن السابق، فإذا لم يأذن الأصيل بتعاقد النائب مع نفسه، أو لم يجيزه بعد التعاقد كان العقد غير نافذ فى حق الأصيل(١).

الثانى : اذا وجد نص فى القانون يجيز للأصيل أن يتعاقد مع نفسه.

ومثال ذلك نص المادة ١٤ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢م والمتعلق بأحكام الولاية على المال والتى تنص صراحة على أنه « يجوز للأب أن يتعاقد مع نفسه، باسم القاصر سواء أكان ذلك لحسابه هو أم لحساب شخص آخر» وعلة ذلك أن الأب يكون عادة أدرى بمصلحة أبنائه، وبالتالى فلا يكون هناك محلا لفرض قيود على سلطته فى ابرام التصرفات القانونية لحسابهم والنص السابق قلبت القاعدة العامة فيما يتعلق بالأب وحده دون الجد أو الوصى أو القيم فجعلت الأصل بالنسبة للأب جواز التعاقد مع نفسه مالم ينص القانون على غير ذلك(٢).

والثالث : اذا قضت قواعد التجارة بجواز تعاقد النائب مع نفسه.

ومثال ذلك : ماقضى به عرف التجارة من الوكيل بالعمولة أن يتعاقد مع نفسه باعتباره نائبا عن أحد طرفيه أو عن كل من طرفيه فى ذات الوقت(٣).

١٠١ - انتهاء النيابة أو الوكالة.

أ - تنتهى الوكالة بتحقيق الغرض منها : فإذا وكل الشخص غيره فى بيع سياره له فباع الوكيل هذه السيارة انتهت وكالته لانتهاء محلها.

---

(١) د/ عبدالناصر العطار ، مرجع سابق ، ص ٦١

(٢) د/ سليمان مرقس ، الوافى ، مرجع سابق ، ص ٢٤٧.

(٣) د/ عبدالناصر العطار ، مرجع سابق ، ص ٦١ - محمد لبيب شنب ص ٨٠.

ب - قيام الموكل نفسه بالعمل الذى وكل فيه قبل قيام الوكيل به.

فإذا وكل شخص غيره باستئجار دار له، ثم قام هو باستئجارها بنفسه انتهت الوكالة لانتهاء محلها.

ج - خروج العين موضوع التوكيل عن أن تكون محلا للتصرف الموكل فيه.

كما لو وكل شخص أخر فى شراء دار معينه فهدمت هذه الدار أووكله فى تزويجه امرأة معينه فماتت، أو تزوجها غيره.

د - موت الوكيل أو خروجه عن أهليته .

بأن جُن جنوناً مطبقاً، لأن الوكالة موقوفه على كون الوكيل أهلا للتصرفات فإن زالت هذه الأهلية بطلت الوكالة .

هـ - موت الموكل أو خروجه عن أهليته للتصرف الذى وكل فيه. أن ولاية الوكيل علي التصرف مستمده من ولاية الموكل، فإذا زال الأصل زال التبع.

و - اذا نزل الوكيل عن الوكالة واعتزالها .

لأن الوكالة عقد غير لازم إلا إذا كانت بأجر ولذا فيجوز للوكيل أن يتنازل عنها فى أى وقت، إلا أنه يشترط فى هذه الحالة علم الموكل بهذا التنازل حتى لايلحقه ضرر من جراء ذلك وهو التغرير به، كما يشترط الا يتعلق بالتوكيل حق لغير الموكل، فإن كان كذلك لاتنتهى الوكالة إلا إذا رضى صاحب الحق.

ح - اذا عزل الموكل الوكيل من الوكالة.

لأن عقد الوكالة - كما ذكرنا - عقد غير لازم فللموكل أن ينهى الوكالة فى أى وقت يشاء، إلا أنه يشترط فى انتهاء الوكالة بالعزل علم الوكيل بهذا

العزل حتى لايلحقه ضرر بإبطال ولايته فيما اذا تصرف تصرفاً يعود عليه بالضمان أى المسؤولية، كما يشترط الا يتعلق بالوكالة حق لغير الموكل فإذا تعلق بها حق لغير الموكل فاذ تعلق بها حق لغيره توقف انتهاؤها على رضا صاحب الحق.

ط - تنتهى الوكالة أيضاً اذا انتهى الأجل المحدد لها.

١٠٢ - آثار انتهاء الوكالة.

فاذا ماانتهت الوكالة بأحد الأسباب المذكورة عاليه فإن صفته كوكيل تنتهى، وعليه فلا تنصرف تصرفاته الى ذمة الأصيل إلااذا أثبت عدم علمه بانقضاء الوكالة، ومن ثم يلزم الوكيل وفقاً للأحكام العامة لانتهاء الوكالة والنيابة أن يعيد فوراً وثيقة التوكيل، وكل ماتسمله من أعيان أو نحو ذلك إن وجدت ثم عليه أن يقدم كشف حساب لكل ماترتب على تصرفاته من آثار قبل الموكل أو الغير، ولاتبرأ ذمته إلا بتوقيع مخالصة من الموكل وفقاً للسلوك المألوف.

الفرع الرابع
التعاقد مع دفع العربون(١)

١٠٣ - تعريف العربون.

مبلغ من النقود يدفعه أحد المتعاقدين للآخر عند ابرام العقد، ويكون غرضهما من ذلك إما حفظ الحق لكل منهما فى العدول عن العقد مقابل خسارة قدر هذا العربون، أو تأكيد العقد باعتباره دفع العربون بدءاً فى تنفيذه، واكثر مايحصل ذلك فى عقد البيع وعقد الإيجار.

ولم تتفق القوانين فى الدلالة التى تخلعها على العربون ـ فبعضها يذهب الى أن العربون يفيد الاحتفاظ بالحق فى العدول عن العقد، وهذه هى القوانين الاتينيه القديمة، وعلى الأخص القانون الفرنسي، بينما يذهب البعض الآخر إلى أنه يفيد تأكيد العقد والبت فيه، وهذه هى القوانين الجرمانيه وغيرها من القوانين الحديثة.

- أما بالنسبة لموقف القانون المدنى المصرى.

فقد أخذ بدلالة العدول حيث نص على ذلك فى المادة (١٠٣ منه) بقولها «١- دفع العربون وقت ابرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق فى العدول عنه، إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك .

٢- فإن عدل عن دفع العربون فقده، وإن عدل من قبضه رد ضعفه، هذا ولولم يترتب على العدول أى ضرر».

والنص السابق يوضح لنا أن قاعدة العدول التي نص عليها القانون المدنى المذكوره سابقاً مكمله بمعنى أنها تطبق فى حالة عدم اتفاق طرفى العقد على مايخالف حكمها، بمعنى أنه يحق للطرفين الاتفاق على مايخالف حكمها، كما أنها قاعدة قابلة لاثبات العكس لأن المرجع فى ذلك إرادة

---

(١) انظر د/ عبدالناصر العطار ، مرجع سابق ، ص ٢٤، ٢٥ - د/ محمد لبيب شنب ، ص ١٢٤ بند ٩١ ومابعده د/ عبدالودود يحيى ، ص ٤٩ بند ٤١ - د/سليمان مرقس ، الوافى ، مرجع سابق، ص ٢٠٣ بند ١١٠.

الطرفين [١]، فإذا تبين من الظروف أنهما قصدا بدفع العربون تأكيد العقد أعتد القاضى بهذه الإرادة واعتبر العربون فى عقد البيع مثلاً جزءاً من الثمن، وإن تبين للقاضى إن إرادة الطرفين قصدتا بالعربون حق العدول أخذ بذلك الإرادة، وإذا سكت الطرفين ولم يوضحا قصدهما من العربون طبق النص السابق واعتبر العربون دلالة على حق العدول(٢).

١٠٤ – موقف الفقه الاسلامي من العربون.

لانوجد خلاف فى صحة العربون باعتبار دلالة التنفيذ للعقد أى على أعتبار أن العربون جزء من الثمن.

ولكن اختلف الفقه الإسلامي فى العربون باعتبار دلالة العدول الى رأيين،

الأول : ذهب الى تحريمه(٣) وهو استناداً الى ماروى أن النبى صلي الله عليه وسلم نهى عن بيع العربان« أى العربون».

والثاني « ذهب الى اباحته، لماروى عن نافع بن الحارث أنه اشترى لعمر دار السجن من صفوان بن أميه، فإن رضى عمر والا فلصفوان كذا وكذا، وقد ضعف الامام أحمد الحديث المروى فى النهى عن العربون»(٤).

---

(١) نقض مدنى ١٩٨٠/١٢/٢ فى الطعن رقم ٨١٦ س ٦ ق . « الأصل فى دفع العربون أن تكون له دلالة جواز العدول عن العقد، مالم يتفق المتعاقدان صراحة أو ضمناً على أن تكون له دلاله البدء فى تنفيذ العقد.»

(٢) نقض ١٩٥٦/٤/٥ – مجموعة المكتب الفنى س ٧ ص ٥٠٨

(٣) انظر «المالكية» حاشية الدسوقى ج٣ ص ٦٣ (الشافعية) نهاية المحتاج ج٣ ص ٤٩٥

(٤) انظر فى عرض ذلك د/ عبد الناصر توفيق العطار ص ٤٩.

الفرع الخامس

عقود الإذعان(١)

١٠٥ - عقد الإذعان من العقود الحديثة وهو عقد ينفرد فيه أحد الطرفين بوضع شروط العقد، وما على الطرف الآخر إما القبول أو الرفض برمته دون أن يكون له الحق فى مناقشة أى من هذه الشروط. وقد عبرت عن هذا المعنى المادة م ١٠٠ من القانون المدنى بقولها «القبول فى عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب، ولا يقبل مناقشة فيها».

ومن أمثلة عقود الإذعان:

عقود الاشتراك فى الكهرباء والمياه، والهاتف، وعقود النقل بالسكك الحديدية، والبواخر، والطائرات، والعقود التى تبرم مع البريد والتلغراف.

١٠٦ - خصائص عقود الإذعان:

تتميز عقود الاذعان بخصائص تميزها عن غيره من العقود وهى :-

أولاً : يجب أن يتعلق محل العقد بسلع أو مرافق تمثل الضروريات الأولى بالنسبة للمستهلكين أو المنتفعين.

ثانياً : أن يحتكر الطرف الموجب هذه السلع والمرافق احتكاراً قانونياً أو فعلياً، أو وجود منافسه محدوده النطاق بخصوص هذه السلع أو المرافق.

ثالثاً : يجب أن يكون الايجاب الموجه عن المحتكر للسلع أو المرافق موجه للناس كافة، بشروط متماثلة على وجه الدوام والاستمرار بالنسبة لكل فئة منها(٢).

---

(١) انظر د/ عبدالناصر العطار ، مرجع سابق ، ص ١١٧ بند ٦١ - د/ عبدالودود يحيى ، مرجع سابق ص ٤١/٤٤ بند ٣٢ - د/سليمان مرقس ، الوافى ، مرجع سابق ، ص ٢١٦ بند ٩٤.

(٢) د/ عبدالناصر العطار، مرجع سابق، ص ١١٧.

١٠٧ - الآثار المترتبه على ابرام عقد الإذعان.

يترتب علي ابرام عقد الإذعان أثران يتعلقان بسلطة القاضى علي العقد لحماية الطرف المذعن : الأول : خاص بسلطة القاضى إزاء مايمكن أن يتضمنه العقد من شروط تعسفيه.

والثاني : بتفسير العقد. ويمكن أن نشير الي هاتين الآثرين بشئ من التفصيل علي الوجه الآتى .

١٠٨ - أ- أما فيما يتعلق بسلطة القاضى فى تعديل الشروط التعسفية بالعقد.

فأجاز القانون للقاضى الحق في التدخل لتعديل أو اعفاء الطرف المذعن من الشروط التعسفية التى يتضمنها العقد وذلك استثناءاً من القاعدة العامة والتي تقضى «أن العقد شريعة المتعاقدين» ، فوفقاً لهذه القاعدة لايحق لأحد أن يعدل من شروط العقد إلا بموافقة الطرفين معاً، ولكن المشرع تدخل واستثنى من هذه القاعدة عقود الإذعان، وأعطى للقاضى سلطة التدخل دون حاجة لموافقة الطرفين وخاصة الطرف الموجب لتعديل أو إعفاء الطرف المذعن (القابل) من الشروط التعسفية.

وقد عبرت عن هذا المعنى المادة ١٤٩ مدنى بقولها «اذا تم العقد بطريق الاذعان، وكان قد تضمن شروطاً تعسفيه جاز للقاضى أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفى الطرف المذعن منها، وذلك وفقاً لماتقضى به العدالة، ويقع باطلا كل اتفاق علي خلاف ذلك».

والنص السابق آمر لأنه وضع لحماية الطرف المذعن، ولن يحقق تلك الحماية إلا إذا كان آمراً، أى لا يجوز الاتفاق علي مايخالف مضمونه، وكل اتفاق يقيد من السلطة التى منحها المشرع للقاضى يكون باطلاً.

١٠٩ - ب - أما بالنسبة لتفسير عقد الاذعان.

فقد خص المشرع هذا العقد بمزية أخرى لحماية الطرف المذعن حيث

جعل القاعدة فى تفسير عقد الاذعان عند الشك فى مصلحة الطرف المذعن حتى ولو كان دائناً. وقد خرج المشرع بذلك عن القاعدة العامة التي تقضى بأن يفسر الشك لمصلحة المدين (م ١/١٥١ مدنى).

وذلك لأن المشرع رأى أن الطرف القوى (الموجب) فى عقود الاذعان قد يكون مدينا فلا يحق له أن يستفيد من غموض الشروط التي أملاها هو وفرضها على الطرف المذعن (القابل) دون أن يترك له خياراً فى شأنها[1].

فنص في المادة (٢/١٥١ مدنى مصرى) على أنه «ومع ذلك لايجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة فى عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن».

ومعنى النص أن الشك يفسر لمصلحة الطرف المذعن سواء كان دائنا أم مديناً وذلك استثناءاً من القاعدة العامة التى تنص على أن «الشك يفسر لمصلحة المدين».

المطلب الثالث
صحة التراضى

١١٠ – ان التراضى يجب أن يوجد حتى يتم العقد، ويجب كذلك لكى يستقر العقد نهائيا أن يكون هذا التراضى صحيحاً، وذلك بأن يكون التراضى صادراً من ذى أهلية، وبريئاً من عيوب الإرادة، وهى الغلط، والتدليس، والاكراه، والاستغلال.

هذا وسنوضح الأهلية أولا ثم عيوب الأرادة ثانياً . وذلك فى فرعين على النحو التالى.

---

(١) د/ سليمان مرقس ، الوافى ، ص ١٨٦ بند ٩٤.

الفرع الأول
الأهلية(١)

١١١- تعريف الأهلية.

هي صلاحية الشخص لأن تتعلق بذمته حقوق له أو عليه، ولأن يباشر بنفسه الأعمال القانونية والقضائية المتعلق بهذه الحقوق(٢).

أى «صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق والتحمل بالواجبات وصلاحيته لابرام التصرفات التى يعتد بها قانوناً».

والتعريف السابق يوضح لنا أن الأهلية تنقسم الى نوعين هما : أهلية الوجوب، وأهلية الأداء ويمكن أن نتناولهما بالشرح والبيان على الوجه الآتى .

١١٢ - أنواع الأهلية.

١١٣ - أولا : أهلية الوجوب : هي صلاحية الشخص لأن يكتسب الحقوق ويتحمل بالالتزامات.

وأهلية الوجوب تثبت للشخص بمجرد ولادته، وانفصاله حياً عن بطن أمه طبقاً لرأى جمهور فقهاء الشريعة الاسلامية. فالطفل يكتسب أهلية الوجوب الكاملة منذ تمام ولادته حياً بحيث يصبح صالحاً لاكتساب الحقوق أو للتحمل بالالتزامات.

أما الجنين فى بطن أمه : فليس له سوى أهلية وجوب ناقصه، وهي اكتسابه للحقوق دون أن يتحمل بالالتزامات . مثل حفظ حقه بالميراث علي اعتبار أنه ذكراً إذا ماتوفى والده قبل ولادته، هذا ويكتسب الجنين هذه الحقوق وتنتقل الى ذمته إلا إذا ولد وانفصل عن أمه حياً.

---

(١) انظر د/ عبدالودود يحيى ، ص ٥٧ بند ٤٦ ومابعدها - د/ سليمان مرقس ، ص ٢١٠ بند ١٧١ ومابعده د/ محمد لبيب شنب ص ١٤١ بند ١٠٦ - د/ محمد حسين الشامى ، ص ١٦٣ بند ١١ ومابعده

(٢) د/ عبد الودود يحيى ، مرجع سابق ، ص ٥٧.

ولكن القانون قد يتدخل أيضاً ويقيد أهلية الوجوب بالنسبة للشخص مثل ماتنص عليه قوانين بعض الدول من حرمان الأجانب من أهلية الوجوب بالنسبة الى حق الملكية العقارية(١).

هذا وقد جعل المشرع مناط أهلية الوجوب : الذمة، والذمة هي : وصف شرعي أوقانوني يكون الشخص بمقتضاها أهلا لاكتساب الحقوق والتحمل بالواجبات فهى الوعاء الذى يحتوى الحقوق والواجبات والقانون هو السياج الذى يحمى هذه الحقوق والواجبات.

١١٤ - ثانياً : أهلية الأداء

هى صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية التى تؤدى الى اكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات والتى يعتد بها القانون.

- وتختلف أهلية الأداء عن الولاية :

فى أن الأولى (أهليـة الأداء) هي صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية والتى تنتج آثارها فى حقه هو ومثالها : أنه اذا باشر الشخص عقد بيع فإن ماينشئه البيع من حقوق والتزامات تنصرف الى ذمة من ابرم هذا العقد.

أما الثانية (الولاية) : هي صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية والتى تنتج آثارها فى حق الغير.

ومثـاله : الولى أو الوصى الذى يقوم بتصرفات قانونية نيابة عن القاصر تنتج آثارها في أموال القاصر وليس في أمواله هو.

(١) القانون رقم ٨١ لسنة ١٩٧٦م

١١٥ - ثالثا - حالات الأهلية.

١١٦ - تمهيد:

عندما يطلق لفظ الأهلية، فإنما يعني به أهلية الأداء، ولقد جعل المشرع مناط أهلية الأداء التمييز، والأصل في الشخص أن يكون كامل الأهلية حيث نصت المادة (١٠٩ مدنى مصرى) على أنه «كل شخص أهل للتعاقد مالم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون».

ومعني ذلك أن الأصل هو كمال أهلية الأداء لكل شخص، وأن تقييد الأهلية أو فقدها لايكون إلا بنص قانوني، وعلي ذلك كل شخص يدعى عكس هذا الأصل يقع عليه عبء إثباته، فإذا أدعى شخص أنه قاصر أو فقد الأهلية فعليه أن يثبت هذا الإدعاء، فإذا تمكن من اثبات ذلك كان العقد قابلا للبطلان أو باطلا، ولايستطيع الطرف الآخر أن يدعى أنه كان يعتقد أن المتعاقد الآخر كامل الأهلية، ولكن اذا استعمل المتعاقد طرقاً احتيالية لإخفاء نقص أهليته فإنه يلتزم بتعويض الطرف الآخر بالرغم من أحقيته فى طلب ابطال العقد، وقد اكدت هذا المعنى المادة (١١٩ مدنى مصرى) بقولها« يجوز لناقص الأهلية أن يطلب ابطال العقد، وهذا مع عدم الأخلال بالزامه التعويض، اذا لجأ الى طرق احتيالية ليخفى نقص أهليته».

- هذا ويلاحظ أن أحكام الأهلية تتعلق بالنظام العام، ولذا فلايحق لأى شخص أن يتفق علي مايخالف حكمها وإلا كان الاتفاق باطلا، وقد نصت المادة (٤٨ مدنى مصرى) على ذلك المعنى بقولها« ليس لأحد النزول عن أهليته ولا التعديل فى أحكامها».

١١٧ - تقسيم أهلية الأداء.

وبعد التمهيد السابق يمكن القول بأن أهلية الأداء تنقسم قانوناً إلى ثلاثة أقسام .

١١٨- أ - أهلية أداء معدومه (الصبى عديم التمييز).

وهى تكون بالنسبة للشخص الذى لم يبلغ السابعة بعد، وتكون تصرفاته باطلة بطلاناً مطلقاً، أى لايعتد بها مطلقا. ومثله المجنون والمعتوه والمحكوم عليه بجناية (عديم التمييز) وقد عبرت عن ذلك المادة (٤٥ مدنى

مصرى) بقولها. ١- لايكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون.

٢- وكل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقد التمييز».

١١٩ - ب - أهلية أداء ناقصة (الصبى المميز).

وتكون للشخص الذى يبلغ سن السابعة ولم يبلغ بعد أحدى وعشرين سنة بعد (م٢/٤٤ مدنى مصرى)، وقد عبرت عن ذلك المادة (٤٦ مدنى مصرى) بقولها« كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفله يكون ناقص الأهلية وفقاً لمايقرره القانون».

١٢٠ - حكم تصرفات ناقص الأهلية.

لقد وضحت المادة ١١١ مدنى مصرى حكم التصرفات التي يجريها الشخص ناقص الأهلية بقولها.

١- اذا كان الصبي مميزاً كانت تصرفاته المالية صحيحة متى كانت نافعة نفعاً محضاً، وباطله متي كانت ضاره ضرراً محضاً.

٢- أما التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر، فتكون قابله للإبطال لمصلحة القاصر، ويزول حق التمسك بالابطال اذا أجاز القاصر التصرفات بعد بلوغه سن الرشد، أو اذا صدرت الإجازة من وليه أو من المحكمة بحسب الأحوال وفقاً للقانون».

ومن النص السابق يمكن أن نستخلص حكم تصرفات ناقص الأهلية على الوجه الآتى.

أ- تصرفات مالية نافعة له نفعاً محضاً.

أى التى يكون من شأنها حصول الشخص علي حق دون مقابل مثل: الهبة بالنسبة للموهوب له القاصر، فتكون تصرفاته فى قبولها صالحه دون اعتماد علي إجازة الغير أى ممن له حق الإجازه قانوناً أى تكون تصرفاته صحيحه ككامل الأهلية.

ب - تصرفات مالية ضاره به ضرراً محضاً.

وهى التى يترتب عليها افتقاره أى يعطى دون أن يأخذ كأن يهب ماله للغير، أو يبرئ المدين من دين له عليه. فهذه التصرفات تكون باطله بطلانا مطلقاً. أى تكون أهليته فيها كأهلية عديم التمييز.

حـ - تصرفات مالية دائرة بين النفع والضرر.

وهي التصرفات التي يأخذ فيها كل من المتعاقدين مقابلا لما يعطى، وتسمى عقود المعاوضة أو العقود التبادلية (عقد البيع).

فهو يعطى حقاً ويحصل علي مقابله، وقد تكون أعمال التصرف كالبيع، وقد تكون أعمال إدارة ويقصد بها استغلال الشئ واستثماره (عقد الايجار).

وحكم هذه التصرفات.

أنها تكون قابله للابطال لمصلحة القاصر إلا إذا أجازها الولى أو الوصى أو القاضى، أى ممن له حق الإجازة قانوناً أو اذا أجازها القاصر بعد بلوغه سن الرشد، فتصبح صحيحة ويتاكد نفاذها وتصبح غير قابله البطلان.

- ويطلق عليها الفقه الاسلامى العقود الموقوفه.

وحكمها في الفقه الاسلامي أنها تكون صحيحة، ولكن غير نافذه فلا تنفذ إلا إذا أجازها الوصى أو الولى أى ممن له حق الأجازه شرعاً.

- والخلاف بين الحكم القانونى والشرعى.

يرجع الى العقود الدائرة بين النفع والضرر في الحكم القانونى تكون نافذه بين طرفيها، ولكنها قابله للابطال لمصلحة الشخص القاصر ولايتاكد صحتها إلا بموافقة الولى أو الوصى. فإذا طلب بطلانها انقضت بأثر رجعى أى بعودة المتعاقدين الى الحالة التى كانا عليها قبل التعاقد. أما بالنسبة للحكم الفقهى فى الشريعة الاسلامية فيجعلها موقوفه أى غير نافذة

على عاتق الدائن، ومن ثم ينبغي على القاضي أن يتوخى الدقة في توزيع العبء الطارئ بين المتعاقدين وأن يجري موازنة بينهما، فإذا هو اتجه إلى زيادة عبء الدائن فلا ينبغي أن يبالغ في هذه الزيادة إلى الحد الذي يزيل كل أثر للإرهاق على عاتق المدين.

وهذان القيدان لا يتركان مجالاً للتخوف من تحكم القاضي، فهو لا يملك سلطة تقديرية مطلقة، وإنما أجاز له القانون عمل شيء معين إذا ماتبينت له شروط معينة، وهو في ممارسته هذه السلطة خاضع لرقابة المحكمة المختصة(١).

بقي أن نشير إلى أن ما قرره المشرع المصري، والتشريعات العربية الأخرى المتأثرة به، من أن أحكام نظرية الظروف الطارئة هي من النظام العام، لا يجوز للطرفين أن يتفقا مقدماً على مخالفتها، وقد صرح نص المادة (١٤٧/٢) بهذا الحكم: «ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك»(٢).

ولذلك فالبعض يرى(٣) أن بعض القوانين الوضعية لم توفق حينما جعل حكم الظروف الطارئة حكماً آمراً لايجوز الاتفاق على مخالفته. فإذا كانت الخشية من إنهيار النظرية الوليدة في بداية الأمر، هي التي دفعت لجنة المراجعة في مصر إلى إضافة هذا الحكم، فلم يعد هناك سبب في الوقت الحاضر إلى القول بهذه الخشية، فقد ضربت نظرية الظروف الطارئة بجذورها في الأنظمة العربية إلى أعماق بعيدة، ومن ثم أصبحت من بين النظم القانونية الراسخة والمستقرة.

ويعد مفارقة في هذا الخصوص مانصت عليه المادة (٢١٧/١) من القانون المدني المصري من جواز الاتفاق على تحمل المدين لتبعة الحادث

---

(١) أسعد الكوراني، مرجع سابق، ص ٢٢٧.

(٢) الدكتور منصور قموح، مرجع سابق، ص ١٥٦.

(٣) الدكتور حسين الفزاري، مرجع سابق، ص ٢٨٢، الدكتور منصور قموح مرجع سابق، ص ١٥٤، الدكتور عبدالسلام الترمانيني، مرجع سابق، ص ١٧٤، أسعد الكوراني، مرجع سابق، ص ٢٢٠.

الفجائي والقوة القاهرة، ولنا أن نتساءل عن الحكمة في جواز الاتفاق على تحمل الدين تبعة القوة القاهرة، وعدم جواز الإتفاق على تحمل آثار الظروف الطارئة، مع أن الظروف الطارئة أخف أثراً من القوة القاهرة؛ إذ بينما تجعل القوة القاهرة تنفيذ الالتزام مستحيلاً، تجعل الظروف الطارئة هذا التنفيذ مرهقاً فحسب، وهذا الفارق أدعى إلى جعل حكم الظروف الطارئة حكماً غير آمر من باب أولى(١).

الفرع الثاني
موقف الفقه الإسلامي
من آثار نظرية الظروف الطارئة

٢٣١- سنوضح هنا موقف الفقه الإسلامي من تعديل العقد ومن فسخه ومن انفساخ العقد كأثر لتحقق شروط نظرية الظروف الطارئة، وذلك على الوجه الآتي:

٢٣٢- أولاً: موقف الفقه الإسلامي من تعديل العقد:

١) إذا أصاب الثمر، الذي أبقي على رأس الشجر حتى يستوفي طيبه جائحة، وسببت تلف جزء منه بمقدار الثلث أو أكثر، حط من الثمن بمقدار الخسارة بسبب التلف، هذا في المذهب المالكي، أما في ظاهر المذهب الحنبلي فلا يشترط الثلث في الجائحة ولا يغتفر إلا ما جرت العادة بتلف مثله كالشيء اليسير الذي لا ينضبط.

فتطبيق النظرية في هذه الحالة يكون بتعديل الثمن المتفق عليه عند إبرام العقد، والحط منه بمقدار التلف الذي سببته الجائحة، فهي صورة من صور تعديل العقد(٢).

---

(١) الدكتور منصور قموح، مرجع سابق، ص ٤٥٧، والدكتور حسبو الفزاري، مرجع سابق، ص ٧٦٧.

(٢) فاضل شاكر النعيمي، مرجع سابق، ص ٦٧، ٦٨.

٢) إذا هبطت قيم العملات التي كان يحصل بها الوفاء هبوطاً متفاوتاً، فقد رأى بعض الناس أن الضرر الناشئ من هذا الهبوط لا يجوز أن يتحمله أحد العاقدين وحده وإنما يجب أن يتحمله الاثنان معاً، وذلك بالوفاء من الأوسط من تلك العملات[١] ، «فينبغي أن ينظر في تلك النقود التي رخصت، ويدفع من أوسطها نقصاً، لا أقل ولا أكثر، كيلا يتناهى الضرر على البائع أو على المشترى »[٢]. وهذا الرأى يطابق فكرة رد الالتزام المرهق في الأنظمة العربية.

٢٢٣- ثانياً: موقف الفقه الإسلامي من فسخ العقد:

(أ) تفسخ الإجارة بالعذر، إذا تحقق عجز العاقد عن المضى فى موجب العقد إلا بتحمل ضرر غير مستحق بالعقد[٣]. فأساس جزاء الفسخ في نظرية العذر هو أن كل عذر لايمكن معه استيفاء المعقود عليه إلا بضرر يلحقه في نفسه أو ماله يثبت له حق الفسخ [٤]. فالحاجة تدعو إلى الفسخ عند العذر؛ لأنه لو لزم العقد عن تحقق العذر، للزم صاحب العذر ضرر لم يلتزمه بالعقد، فكان الفسخ في الحقيقة امتناعاً من التزم الضرر[٥].

ويلاحظ على الأثر المترتب على العذر وهو الفسخ أمران:

الأول: وهو أن الفسخ فيه قد بلغ من الأهمية قدراً جعله هو العنصر الغالب، حتى يمكن القول كقاعدة عامة بأن نظرية العذر في الفقه الإسلامي ليس لها أثر إلا الفسخ.

---

(١) الدكتور عبدالسلام الترمانيني، مرجع سابق، ص ٨٧.

(٢) مجموعة رسائل ابن عابدين، الجزء الثاني، رسالة تنبيه الرقود على مسائل النقود، بدون تاريخ، ص ٦٦.

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ٦/٢٦١٥.

(٤) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الابصار، مرجع سابق، ٧/ ١١٠.

(٥) الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق ٦/٢٦١٥.

الثاني: أن الآثار المترتبة على الأخذ بالأعذار تسيطر عليها فكرة منع وقوع الضرر فى أية صورة مهما كان قدرها ضئيلاً، ولهذا لم يلبث الفقهاء أن وجدوا فى الفسخ وسيلة ناجحة فى محاربة هذا الضرر ومنع وقوعه بإطلاق(١).

والضرر الذى يثبت به حق الفسخ، هو أن يكون ضرراً لم يوجبه العقد، وهو على نوعين، ضرر فى المال يتمثل فى فوات المنفعة المعقود عليها، وضرر فى النفس يتمثل فى فقدان عضو أو جزء من البدن، أو فى الإخلال بكرامة النفس أو طمأنينتها أو سلامتها.

والحق فى فسخ العقد بالعذر هو نوع من خيار العيب، وعليه إذا ثبت خيار الفسخ للمستأجر، فهو بالخيار إن شاء أمضى، وإن شاء فسخ، فإذا هو لم يفسخ العقد حتى انقضى أجله رغم ثبوت الخيار، يكون عليه كمال الأجرة؛ لأنه رضى بالمعقود عليه مع العيب فيلزمه جميع البدل(٢).

قال فى تبيين الحقائق: «تفسخ الإجارة بالعيب؛ لأن العقد يقتضى سلامة البدل على العيب، فإذا لم يسلم فات رضاه فيفسخ كما فى البيع، والمعقود عليه فى هذا الباب المنافع، وهى تحدث ساعة فساعة، فما وجد من العيب يكون حادثًا قبل القبض في حق ما بقى من المنافع فيوجب الخيار، كما إذا حدث العيب بالمبيع قبل القبض، ثم إذا استوفى المستأجر المنفعة مع العيب، فقد رضى بالعيب فيلزمه جميع البدل كما فى البيع، فإن فعل المؤجر ما أزال به العيب فلا خيار للمستأجر، لأن الموجب للرد قد زال قبل الفسخ، والعقد يتجدد ساعة فساعة، فلم يوجد فيما يأتى بعده، فسقط خياره»(٣).

وقد ثار خلاف بين الفقهاء حول الطريقة التى يمكن أن يجرى بها الفسخ، فذهب فريق منهم إلى أن العاقد يستقل بالفسخ، أى أن يضع نهاية

---

(١) الدكتور منصور نصر عبدالحميد قموح، مرجع سابق، ص٤٤٠.

(٢) الدكتور حسنى الفزارى، مرجع سابق، ص٧٤٣.

(٣) الزيلعى، تبيين الحقائق، مرجع سابق، ٥/١٤٣، ١٤٤.

العقد بإرادته المنفردة، وفى قول ثان لا تنفسخ الإجارة إلا بالتراضى أو القاضى. وفى قول ثالث إن كان العذر ظاهراً فلا حاجة إلى القضاء، وإن كان خفيصا كالدين اشتراط القضاء[١].

ب) أما بالنسبة لنظرية الجوائح، فإن الأثر المترتب عليها غالباً هو التعديل، ولا يترتب عليها فسخ العقد إلا فى حالة واحدة، وهى أن تستغرق الجائحة جميع الثمار، أى تتلفه بكامله، فهنا لا يستقيم القول بتخفيض الثمن، إذ لا يجدى مثل هذا التخفيض، وإنما يتوجب فسخ العقد لانتفاء وجود المقابل، فالحط من الثمن إنما يكون بقدر الذاهب[٢] ؛ (فإن تلف الجميع بطل العقد. ورجع المشترى بجميع الثمن)[٣] .

جـ) أما بالنسبة لتغير قيمة النقود، فيرى بعض الفقهاء أن عدم رواج النقود يؤدى إلى فساد البيع، أى إنحلاله، إذا أصبحت هذه النقود لا تروج فى السوق، أما إذا انتقصت قيمتها فالبيع لا يفسد. وعن أبى يوسف[٤] : أنه يمكن فسخ عقد البيع فى نقصان القيمة، ويرى محمد[٥] أن انقطاع النقود أى صعوبة الحصول عليها، لا يؤدى إلى فسخ العقد، وإنما يكون على المدين الوفاء بقيمة الدراهم قبل الإنقطاع.

ومن ناحية أخرى: إذا ارتفع أجر المثل فى الوقف، فإن عقد إجارة الوقف يفسخ، ويمكن تجديد العقد فى المستقبل مع مراعاة هذه الزيادة فى

---

(١) الدكتور عبدالرزاق السنهورى، مصادر الحق فى الفقه الإسلامى، مرجع سابق، ٦/٩٥.

(٢) الدكتور حسنبو الفزارى، مرجع سابق، ص٧٤٨.

(٣) المغنى لابن قدامة، مرجع سابق، ٤/١٢٠.

(٤) أبو يوسف [؟ - ١٨١هـ] هو يعقوب بن إبراهيم بن حبيب القاضى الإمام، أخذ الفقه عن أبى حنيفة رضى الله عنه، وهو المقدم من أصحابه جميعاً، ولى القضاء للهادى والمهدى والرشيد، وهو أول من سمى قاضى القضاة، وثقه أحمد وابن معين والمدينى، قيل: إنه أول من وضع الكتب فى أصول الفقه، من تصانيفه الخراج، وأدب القاضى، والجوامع.

(٥) محمد [١٣١ - ١٨٩] هو محمد بن الحسن بن فرقد، نشأ بالكوفة، ثانى أصحاب أبى حنيفة بعد أبى يوسف، هو الذى نشر علم أبى حنيفة بتصانيفه الكثيرة، ومنها: الجامع الكبير، والجامع الصغير، والمبسوط، السير الكبير، والسير الصغير، الزيادات، وكتاب الآثار.

الأجر، وفيما مضى وجب المسمى بقدره، ثم إن هذه الإجارة تفسخ إذا أمكن الفسخ، أما إذا كان الفسخ غير ممكن، بأن كـا فى الأرض زرع لم يستحصد فتترك بأجر المثل إلى أن يستحصد الزرع، أما إذا رخص أجر مثل الوقف، فإن الإجارة لا تنفسخ، لأن الفسخ لغلاء أجر المثل إنما كان لمصلحة الوقف وفى حالة رخصة فيه ضرر بالوقف(١) .

٢٣٤) ثالثًا موقف الفقه الإسلامى من انفساخ العقد:

لقد فرق الفقه بين العذر الذى يوجب انفساخ العقد وبين غيره من الأعذار، فإذا كان العذر يوجب العجز عن المضى بموجب العقد شرعًا، بأن كان المضى فيه حرامًا، كالإجارة على قلع ضرس ثم سكنت، وعلى قطع اليد المتآكلة ثم برئت، وكذلك استئجار امرأة لخدمة مسجد مدة فحاضت فيها، فالإجارة هنا تنفسخ من تلقاء نفسها، أى أن العقد ينفسخ من نفسه، لأن المضى فى تنفيذه يوقع فى الحرام، فالفسخ هنا حق لله وليس حقًا للعباد.

أما إذا كان العذر لا يوجب العجز عن المضى بموجب العقد شرعًا، وإنما يترتب عليه لحوق ضرر بأحد المتعاقدين فقط فيفسخ العقد إذا طلب من لحقه ضرر من جراء هذا العذر(٢) .

ويتبين مما تقدم أن آثار نظرية الظروف الطارئة فى الفقه تنحصر في الأمور الآتية:

١) تعديل العقد.

٢) فسخ العقد.

٣) انفساخ العقد.

---

(١) الدكتور عبدالرزاق السنهورى، مصادر الحق فى الفقه الإسلامى، مرجع سابق، ٦/٩٤، فاضل شاكر، مرجع سابق، ص١٧٢، ١٧٧، الدكتور حسبو الفزاري، مرجع سابق، ص٧٤٦.

(٢) الدكتور عبدالرزاق السنهورى، مصادرالحق فى الفقه الإسلامى، مرجع سابق، ٦/٩٥، الدكتور حسبو الفزاري، مرجع سابق، ص٧٤٥، الدكتور منصور قموح، مرجع سابق، ص٢١٤، فاضل شاكر النعيمى، مرجع سابق، ص١٧٢.

فكان الفسخ هو الغالب فى نظرية العذر، كما أن التعديل هو الصورة الغالبة فى نظرية الجوائح، أما نظرية تغير القيمة فقد تأرجح الجزاء فيها بين الفسخ والتعديل على حد سواء، أما انفساخ العقد فهو خاص بما إذا كان العذر يوجب العجز عن المضى بموجب العقد شرعاً.

- ومن العرض السابق لموقف الفقه ومقارنة بالقانون المدنى نجد أن آثار تلك النظرية فى القانون المدنى تنحصر فى أنه يجوز للقاضى فقط أن يرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول، وذلك أما بطريق انقاص الإلتزام المرهق أو زيادة الإلتزام المقابل للتزام المرهق، أو وقف تنفيذه مؤقتاً إذا توفرت شروط معينة، ولم ينص الفقه القانوني أو القانون على جواز فسخ العقد في أي وضع من الأوضاع، وعامة ما صرح به الفقه القانوني والقانون هو أن يرد القاضى الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول، أى أن يجرى تعديلاً فى المراكز العقدية أو فى القيم الاقتصادية للعقد.

وهذا موقف منتقد من مسلك المشرع المدنى على أساس أن وسيلة التعديل لن تكون فى جميع الحالات هى الوسيلة الأقدر على حل المشكلات التى قد تحدث، فقد يكون ارتفاع الأسعار فاحشاً إلى درجة أنه مهما وزع القاضى الزيادة غير العادية على المتعاقدين، وبأى نسبة يتم هذا التوزيع فإن المدين لن يستطيع تنفيذ الإلتزام.

ولذا اقترح البعض(١) ضرورة تعديل النص القانونى لمنح القاضى سلطة الفسخ فضلا عن سلطة التعديل، خصوصاً وأن فسخ العقد يعتبر أحد الآثار المترتبة على تطبيق نظرية الظروف الطارئة فى الفقه الإسلامى.

---

(١) الدكتور محمد عبدالجواد، مرجع سابق، ص٦٠٥.

المطلب السادس
مجال تطبيق نظرية الظروف الطارئة

٢٣٥) نتناول في هذا المطلب مجال تطبيق نظرية الظروف الطارئة في القانون من حيث العقود التى يمكن أن تطبق عليها هذه النظرية. وهل يسرى تطبيق النظرية على جميع أنواع العقود، أم يجب التفريق بينها من حيث طبيعتها والمدة التى تستغرق تنفيذها؟

والإجابة على هذا التساول يقتضى منا البحث فى أمرين هما:

الأول: فى طبيعة العقود التى تنطبع عليها النظرية.

الثاني: فى عامل المدة بالنسبة للعقود التى تنطبع عليها النظرية.

٢٣٦) أولاً: فى طبيعة العقود التى تنطبق عليها النظرية:

نصت الفقرة الثانية من المادة (٢/١٤٧) من النظام المدني المصرى على «ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن فى الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الإلتزام التعاقدى، وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضى، تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، أن يرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك».

ويتضح من هذا النص أنه لا يقصر تطبيق أحكام النظرية على نوع معين من العقود دون غيرها، وإزاء إطلاق هذا النص اختلف الفقه القانونى حول طبيعة العقود التى تنطبق علهيا النظرية، والخلاف فى هذا الصدد يدور حول طائفتين من العقود:

الطائفة الأولى: العقود الملزمة للجانبين، والعقود المزمة لجانب واحد.

الطائفة الثانية: العقود المحددة، والعقود الإحتمالية.

٢٤٧) وسنتحدث عن كل من الطائفتين على الوجه الآتى:

الطائفة الأول: العقودالملزمة للجانبين والعقود الملزمة لجانب واحد:

تنقسم العقود من حيث الأثر القانوني المتولد عن العقد إلى عقود ملزمة للجانبين وهى العقود التى تنشئ إلتزامات متقابلة فى ذمة كل من المتعاقدين، فالبيع يلتزم البائع فيه بنقل ملكية المبيع فى مقابل أن يلتزم المشترى بدفع الثمن، والظاهرة الجوهرية فى العقد الملزم للجانبين هو هذا التقابل القائم ما بين ألتزامات أحد الطرفين، وإلتزامات الطرف الآخر.

أما العقد الملزم لجانب واحد فهو، العقد الذي لا ينشئ التزامات إلا في جانب أحد المتعاقدين فيكون مديناً غير دائن، ويكون المتعاقد الآخر دائناً غير مدين مثل ذلك الوديعة غير المأجورة يلتزم بمقتضاها المودع عنده نحو المودع أن يتسلم الشيء المودع وأن يتولى حفظه وأن يرده عيناً، دون أن يلتزم المودع بشيء نحو المودع عنده(١).

وهنا يمكن أن نتساءل حول إمكانية تطبيق نظرية الظروف الطارئة على العقد بنوعية السابق الإشارة إليهما، أم أنها تطبق فقط على العقد الملزم للجانبين دون سواه، ويجاب عن ذلك بأن الفقه القانونى له فى ذلك رأيان:

الرأى الأول:

يرى عدم تطبيق نظرية الظروف الطارئة على العقود الملزمة لجانب واحد، وقصر تطبيقها على العقود الملزمة للجانبين، حيث يرى أصحاب هذا الرأى أنه «يجب أن نقرر فى أول الأمر أن العقود المقصودة بالمادة [٢/١٤٧] من القانون المدنى هى العقود التى تنشئ التزامات متقابلة بين المتعاقدين، وفى حدود هذا الشرط يجب أن يكون العقد محدداً وهو العقد الذى يعرف فيه كل من الطرفين ما أخذ وما أعطى ويستطيع أن يقدر ما يترتب على إلتزامه من آثار»(٢).

---

(١) الدكتور عبدالرزاق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ١٥٨/١.

(٢) أسعد الكوراني، مرجع سابق، ص٢٢٩.

الرأى الثانى:

ويرى أصحابه إمكان تطبيق نظرية الظروف الطارئة علي العقد الملزم للجانب الواحد، ولم يفرقوا بين عقود تتقابل فيها الأداءات وأخرى لا يوجد فيها هذا التقابل، مستندين فى ذلك إلى أنه ليس فى عبارة المادة ٢/١٤٧ ما يجعلها مقصورة على العقود الملزمة للجانبين فحسب(١) .

ولا شك أن رجاحة الإتجاه الثانى واضحة، لأن أساس النظرية هو التخفيف من عبء الإلتزام عندما يصبح تنفيذه مرهقًا بسبب الظروف الطارئة، وما دامت طبيعة الإلتزامات العقدية متشابهة فى جميع العقود من هذه الوجهة، فليس هناك سببًا لتفضيل بعضها على بعض، كما أن فكرة العدالة، وهى من بين الأسس التى تقوم عليها النظرية تأبى أن يحيق الظلم بمتعاقد لمجرد أن الإلتزام العقدى الذي يتحمل به لا يجد إلتزامًا يقابله فى الناحية الأخري، هذا بالإضافة إلى أنه لا يوجد سند من المنطق أو القانون يستلزم لتمام تطبيق النظرية أن يكون هنا تقابل بين الأداءات(٢) .

٢٣٨) الطائفة الثانية: العقود المحددة. العقود الإحتمالية:

أما بالنسبة الطائفة الأخرى، فالعقود منها ما تكون آثاره محددة القيمة منذ لحظة إبرامه، بحيث يستطيع كل من المتعاقدين أن يحدد وقت تمام العقد القدر الذى أخذ والقدر الذى أعطي، حتى ولو كان القدران غير متعادلين، فبيع شيء معين بثمن معين عقد محدد القيمة، سواء كان الثمن يعادل قيمة المبيع أو لا يعادله، ما دامت قيمة المبيع ومقدار الثمن يمكن تحديدهما وقت البيع.

ومن العقود ما تكون آثاره غير محددة القيمة، بحيث لا يستطيع كل من المتعاقدين أن يحدد وقت تمام العقد الذى أخذ والقدر الذى أعطى، ولا يتحدد ذلك إلا فى المستقبل تبعًا لحدوث أمر غير محقق الحصول أو غير

---

(١) الدكتور منصور قموح، مرجع سابق، ص١٥٨ .

(٢) الدكتور حسنو الفزاري، مرجع سابق، ص٢٦٧ .

معروف وقت حصوله، ومن العقود الإحتمالية عقود التأمين وعقود الرهان والمضاربة(١).

وقد أجمع الفقه والقضاء على تطبيق نظرية الظروف الطارئة على العقود المحددة، والخلاف إنما هو في تطبيق النظرية على العقود الإحتمالية، فقد انقسم الفقه بشأنها إلى فرقين، فريق يستبعد تطبيق النظرية على العقود الإحتمالية، ويرى أن من طبيعة العقود الاحتمالية أنها تعرض أحد المتعاقدين لاحتمال كسب أو خسارة باهظة، كعقود التأمين وعقود المضاربة وكبيع الثمار قبل انعقادها والزرع قبل نباته بثمن جزاف، لذلك لا يسمع فيها إدعاء الغبن كما لا يسمع فيها إدعاء الخسارة المرهقة من حادث غير متوقع، لأن الأساس الذي بنيت عليه، هو غبن احتمالي وخسارة متوقعة يتحملها أحد العاقدين، فالإرهاق متلازم مع هذه العقود ومتوقع من المتعاقدين منذ إبرام العقد، غير أنه إذا أمكن دفع الاحتمال أو انتفى عنصر المجازفة في العقد، انقلب إلى عقد محدد، وتسري عليه أحكام الغبن كما تسري عليه نظرية الظروف الطارئة، وتقرير ذلك مسالة موضوعية يعود تقديرها إلى القاضي(٢).

أما الفريق الثاني فيرى وجوب تطبيق نظرية الظروف الطارئة على جميع العقود بما فيها العقود الاحتمالية، استناداً إلى عمومية النص.

والراجح في هذا الموضوع هو الرأي الأول، لأن الأمر لا يتصل بعموم النص وإطلاقه حتى يصح القول بسريان النظرية على كل العقود، بما فيها العقود الإحتمالية، وإنما يتعلق بطبيعة العقد المرتبط بالأساس الذي تقوم عليه النظرية، وهو ألا يكون في الوسع توقع الإرهاق، فإذا لم يوجد هذا العنصر في العقد فقدت النظرية الأساس القانوني الذي تقوم عليه فلا تطبق النظريةعلى هذا العقد وهذا العنصر مفقود في العقود الإحتمالية بحكم طبيعتها، فلذلك تخرج عن نطاق نظرية الظروف الطارئة(٣).

---

(١) الدكتور عبدالرزاق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق،١/١٣، ١٦٤.

(٢) أسعد الكوراني، مرجع سابق،ص٢٢٩، الدكتور عبدالسلام الترمانيني، مرجع سابق، ص١٢٠، ١٢١.

(٣) الدكتور عبدالسلام الترمانيني، مرجع سابق،ص١٢٢.

٢٣٩) ثانيًا: فى عامل المدة بالنسبة للعقود التى تنطبق عليها النظرية:

رأينا فيما تقدم أن الرأى الغالب فى الفقه، هو حصر النظرية فى العقود المحددة، إلا أن هذه العقود تختلف من حيث زمن تنفيذها، فمنها ما يكون تنفيذه فورياً لا يحتاج إلى زمن، ومنها ما يكون تنفيذه متعاقباً أو متراخياً يحتاج إلى زمن يستمر فيه تنفيذ العقد أو يتعاقب خلاله.

فهل يتقيد تطبيق النظرية بالعقود المتتابعة التى تحتم طبيعتها تأجيل التنفيذ، وهى التى تسمى بعقود المدة، أو يشمل جميع العقود التى لا يتعاصر وقت انعقادها ووقت تنفيذها(١) .

حيث أنه لم يرد فى نص القانون المدنى بيان العقود التى تنطبق عليها نظرية الظروف الطارئة فقد انقسم الفقه والقضاء إلى ثلاثة اتجاهات وقبل الحديث عن هذه الاتجاهات الثلاثة، سوف نوضح سبب هذا الاختلاف، فقد كانت نقطة البداية فى إثارة هذه المشكلة فى مصر، صدور القانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ الخاص بالإصلاح الزراعى، وما نجم عن صدوره من انخفاض كبير فى قيمة الأراضى الزراعية(٢) .

ولإيضاح هذا الخلاف سنستعرض الاتجاهات الثلاثة المشار إليها آنفاً مع حجة كل مذهب، ثم نبين الرأى الراجح، وذلك على النحو التالى:

٢٤٠) الاتجاه الأول:

ويمكن أن نطلق عليه الاتجاه الضيق، ويرى أنصار هذه الاتجاه أن تطبيق النظرية ينحصر فى عقود المدة، وهى العقود المستمرة أو الدورية التنفيذ، وأنه لا يمكن تطبيق النظرية على العقود الفورية المؤجلة التنفيذ،

---

(١) المرجع السابق، ص١٢٢.

(٢) الدكتور حسبو الفزارى، مرجع سابق، ص٤٠٨.

فالعقد الذى أبرم قبل صدور قانون الإصلاح الزراعى يعتبر فورياً، ولا عبرة بتأجيل الثمن أو تقسيطه؛ إذ أن التقسيط أو التأجيل لا يغير من طبيعة العقد(١) .

ومن بين الحجج التي ساقها أنصار هذا الاتجاه لتأييد وجهة نظرهم، أن المشرع المصرى فى استحداثه لنص الفقرة الثانية من المادة (١٤٧) إنما استجاب لما أشارت به محكمة النقض من وجوب وضع تشريع للأخذ بالنظرية، وكانت الاستجابة من المشرع، بمناسبة تطبيق النظرية على عقد التوريد، وهو من عقود المدة وليس عقداً فورياً، مما يدل على أن المشرع قد هدف إلى حصر نطاق تطبيق النظرية فى العقود الزمنية، دون العقود الفورية(٢) .

ومن حججهم أيضاً، أن المشرع ما لم يحدد العقود التى تنطبق عليها فيجب إذن أن نتطلب لتطبيقها أن يكون العقد المراد تطبيقها عليه من العقود التى تحتم بطبيعتها تأجيل التنفيذ، إما لأن الزمن ركن أساسى فى تنفيذ الالتزام، كما هو الحال فى عقود المدة، وإما لأن العمل المراد تحقيقه يستغرق إتمامه مرور مدة من الزمن، كعقود الإستصناع، أما العقود الأخرى التى يكون التأجيل فيها تحكمياً لم يقصد به إلا تسهيل التنفيذ على المدين فلا تنطبق عليه النظرية(٣) .

ويستند هذا الاتجاه فى تأييد حجته، إلي أن تطبيق الجزاء المترتب على الظروف الطارئة، يقضى برد الالتزام إلى حد المعقول بالنسبة للحاضر فقط دون المساس بمستقبل العقد، وهذا لا يتأتي إلا إذا كان العقد من

---

(١) الدكتور عبدالسلام الترمانيني، مرجع سابق، ص١٢٢.

(٢) حنفى محمد غالي، مجلة إدارة قضايا الحكومة، السنة الثانية، العدد الثالث، من ص١٢٨ إلى ص١٣٧، أشار إلى ذلك الدكتور حسبو الفزارى، مرجع سابق، ص ٢٥١.

(٣) محمد على عرفة، شرح قانون الإصلاح الزراعى، ص ٤٦، أشار إلى ذلك الدكتور منصور قموح، مرجع سابق، ص١٥٠.

خاصته التعاقب وهذا ما يصدق بصفة خاصة على عقود التوريد، وهو المجال الخصب لتطبيق نظرية الظروف الطارئة(١) .

وقد أخذت بعض المحاكم المصرية بهذا الرأي، فأصدرت محكمة استئناف المنصورة بتاريخ ٣ نوفمبر ١٩٦٠ قراراً جاء فيه: ولما كان البيع موضوع الدعوى هو من العقود الفورية التى يقوم فيها التنفيذ فور العقد، ولا يغير تقسيط الثمن من طبيعتها، فهو يخرج بذلك من نظام العقود التى تطبق بشأنها النظرية(٢) .

٤١) الاتجاه الثاني:

ويسمى بالاتجاه الوسيط، وأنصار هذا الاتجاه لا يقصرون تطبيق نظرية الظروف الطارئة على العقود الزمنية وحدها كما يفعل أنصار المذهب الضيق، وإنما هم يمدون هذا التطبيق ليشمل العقود الفورية المؤجلة التنفيذ أيضاً. فمناط التطبيق عند هذا المذهب هو أن توجد فترة زمنية تفصل ما بين إبرام العقد وتنفيذ الإلتزامات الناشئة عنه، وسواء بعد ذلك أن يكون هذا العقد من العقود ذات التنفيذ المستمر، كعقد الإيجار وعقد العمل، أو يكون من العقود ذات التنفيذ الدورى كعقد التوريد، أو يكون العقود الفورية المؤجلة التنفيذ، كعقد البيع مع تأجيل الثمن أو تقسيطه على دفعات(٣) .

ويحظى هذا الاتجاه بتأييد غالبية الفقه المصرى، وقد اعتنق القضاء فى بعض أحكامه هذا المذهب، ومن ذلك الحكم الذى أصدرته محكمة استئناف القاهرة بتاريخ ١٩٥٧/١٢/٨م والذى قضت فيه بفسخ حكم محكمة القاهرة الابتدائية الصادر بتاريخ ١٣ ديسمبر ١٩٥٣، وقد جاء حكم محكمة الاستئناف ما يلى:

«وأما فى خصوص تطبيق هذه النظرية، فقد كان ثمة رأى يقصر تطبيقها على عقد المدة الذى يتضمن جملة أداءات متعاقبة، يعتبر كل منها

---

(١) الدكتور عبدالسلام الترمانينى، مرجع سابق، ص١٢٤.

(٢) الدكتور عبدالسلام الترمانينى، مرجع سابق، ص١٢٥.

(٣) الدكتور حسبو الفزارى، مرجع سابق، ص٢٥٢.

كأنه عقد بذاته ولكن الصواب الذى تراه هذه المحكمة هو الرأى الآخر الذى اتفق عليه إجماع الفقه، وهو أن هذه النظرية تطبق على عقود المدة والعقود الفورية التى يرجأ تنفيذها إلى المستقبل، فكافة العقود يسرى عليها حكم النظرية، ما دامت لا يتعاصر وقت انعقادها ووقت تنفيذها»(١) .

وقد صدرت عن هذه المحكمة وعن محاكم أخرى أحكام مماثلة تؤيد هذا الرأى وتعتمد فى أسبابها عليه(٢) .

وأخيراً يجب أن ننبه إلى أن أصحاب هذا المذهب وإن كانوا قد أقروا بتطبيق حكم الظروف الطارئة على العقود الفورية مؤجلة التنفيذ، إلا أنهم اشترطوا لذلك ألا يكون تأجيل التنفيذ إلى خطأ المدين، كتسويفه أو مماطلته(٣) .

٢٤٢) الاتجاه الثالث:

وهو ما يسمى بالاتجاه الواسع، ويتميز هذا الاتجاه عن المذهبين السابقين فى أنه لا يولى عنصر الزمن اهتماماً فى تطبيق نظرية الظروف الطارئة، فالعبرة فى هذا التطبيق لدى أنصار هذا الاتجاه، إنما تكون بالتنفيذ، فإما أن يكون العقد قد نفذ بتمامه، فلا يكون بعدئذ مجال لتطبيق، وإما أن يكون العقد باق بغير تنفيذ أو لم ينفذ بكامله فتطبق النظرية على الجزء الذى لم ينفذ من الإلتزامات العقدية، ولا يغير من وجه الحقيقة في شيء أن يكون العقد بعد ذلك من العقود الزمنية أو العقود الفورية المؤجلة أو غير المؤجلة التنفيذ، فطبقاً لهذا الاتجاه يمكن تطبيق النظرية على عقود فورية التنفيذ فى بعض فروض نادرة الوقوع في الحياة العملية، ويمكن أن تتمثل هذه الفروض في كل حالة يحدث فيها الظرف الطارئ عقب إبرام العقد الفورى التنفيذ مباشرة وبدون مرور فترة زمنية مهما صغرت(١) .

---

(١) وقد ذكره الدكتور عبدالسلام الترماتيني، مرجع سابق، ص١٢٦، ١٢٧ .

(٢) المرجع السابق، نفس الموضع.

(٣) الدكتور منصور قموح، مرجع سابق، ص١٥٤.

(٤) الدكتور حسنين الفزارى، مرجع سابق، ص٢٥٦.

وقد أيد أنصار هذا المذهب الأستاذ الدكتور عبدالرزاق السنهورى بقوله: «إن من شروط تطبيق النظرية أن يكون العقد الذى تثار بشأنه النظرية متراخياً، ذلك أن طروء حوادث استثنائية عامة، لم يكن فى الوسع توقعها وقت التعاقد - وهذا هو الأساس الذى تقوم عليهاالنظرية - يقتضى أن تكون هناك فترة من الزمن تفصل ما بين صدور العقد وتنفيذه، على أن العقد إذا كان غير متراخ وطرأت مع ذلك حوادث استثنائية عقب صدوره مباشرة، وإن كان ذلك لا يقع إلا نادراً، فليس يوجد ما يمنع من تطبيق النظرية، ولهذا آثر القانون المصرى - مقتدياً فى ذلك بالنظام البولونى - أن يسكت عن شرط التراخى، فهو شرط غالب لا شرط ضرورى»(١) .

ويقول البعض أنه: «لا شك فى أن الغالب الأعم فى تطبيق هذه النظرية أن يمر وقت بين العقد وتنفيذه، وهذا ما يقع فى عقود المدة والعقود ذات الطبيعة الفورية المؤجلة التنفيذ، ولكن هذاالغالب لا يحول دون وقوع النادر القليل، فقد يقع الحادث الاستثنائى بعد صدور العقد الفورى مباشرة وقبل تنفيذه، فيجب أن لا يمتنع تطبيق النظرية فى هذا الحال»(٢) .

وبعد هذا العرض للاتجاهات الثلاثة، يظهر لنا أن الراجح منها هو الاتجاه الثالث وهو ما يسمى بالاتجاه الواسع، نظراً لواقعيته فى تطبيق أحكام نظرية الظروف الطارئة؛ إذ جعل المعول عليه فى تطبيق النظرية، هو تنفيذ الإلتزام دون غيره ولم يول عنصر الزمن اهتماماً فى تطبيق هذه النظرية.

إلا أن هذا الاتجاه، وإن كان هو الاتجاه الراجح، إلا أن عليه ملاحظة تتعلق بمصير شرط التراخى ككل، فمن حيث إنه أصبح ممكناً تطبيق نظرية الظروف الطارئة دون أن يكون تنفيذ العقد متراخياً أو متراماً فى مساحة زمنية، حتى وإن كان ذلك مما يندر وقوعه، فهذا يعنى عدم الاعتراف بشرط

---

(١) الدكتور عبدالرزاق السنهورى، الوسيط، مرجع سابق، ٦٤٢/١، ٦٤٣.

(٢) أسعد الكوراني، مرجع سابق،ص ٢٣٣.

التراخي، ولا يستقيم القول بعد هذا، لا منطقًا ولا قانونًا، أن نصف هذا الشرط، بأنه شرط غالب لا شرط ضروري؛ لأن الشرط كما عرفه الفقه الإسلامي هو «ما يلزم انتفائه انتفاء المشروط، ولا يلزم من وجوده وجود المشروط»، وقيل هو «ما يتوقف عليه وجود الشيء وليس داخلاً فيه». فالشرط لا يكون شرطًا إلا إذا تعلق به اللزوم ومن ثم أصبح ضروريًا، أما أن يكون الشرط غالبًا، أى أن يعتدّ به في غالب الأحوال وأن يهدر فى أحوال أخرى نادرة الحدوث، فهذا مما يتعارض مع تسميته شرطًا، وإنما يمكن القول بأنه ظاهرة قانونية غالبة الحدوث فى العمل.

فحاصل القول، إنه يجب استبعاد شرط التراخي استبعادًا تامًا، لعدم فائدته فى مجال تطبيق النظرية، وقد أحسن القانون المدنى صنعًا بعدم إشارته فى نص المادة «١٤٧» عن هذا الشرط(١).

٣-٢) موقف الفقه الإسلامي من مجال تطبيق النظرية:

أن مجال تطبيق نظرية نظرية الظروف الطارئة فى الفقه، ينحصر فى العقود التى يتراخى تنفيذ العقد فيها، أى التى يفصل بين إبرامها وتنفيذها فترة من الزمن يطرأ خلالها حادث طارئ غير متوقع يؤدى إلى جعل تنفيذ الالتزام مرهقًا للمدين، فهذه النظرية تنطبق على عقود المدة ذات التنفيذ المستمر كعقد الإجارة، وعقد المزارعة، وعقد المعاملة(٢)، وتنطبق كذلك على العقود ذات التنفيذ الدورى، مثل عقد التوريد(٣)، كما تنطبق على العقود الفورية التى يتفق فيها على أجل لاحق لتنفيذ بعض التزامات العاقدين، مثل عقد البيع المؤجل التنفيذ، كبيع الثمار على رؤوس الشجر قبل نضجها حتى تستوفى طيبها(٤).

---

(١) الدكتور منصور قموح، مرجع سابق، ص١٥٦، الدكتور حسين الفزارى، مرجع سابق، ص٢٥٨.

(٢) الكاسانى، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ٦/٢٦١٥.

(٣) قرار مجلس المجمع الفقهي، مجلة الفقهى الإسلامي، السنة الأولى، العدد الثاني، ص٢٢٢، ٢٢٨.

(٤) ابن رشد، بداية المجتهد، مرجع سابق، ٢/١٨٩.

- أما بالنسبة لعامل المدة في العقد، فقد انقسم الفقه والقضاء العربيان بشأنه إلى ثلاثة مذاهب، مذهب يضيق من مجال تطبيق النظرية، ويحصرها في العقود المستمرة أو الدورية التنفيذ، أما المذهب الثاني فيرى تطبيق النظرية على العقود المستمرة والعقود الفورية المؤجلة التنفيذ، ورأينا أن هذا المذهب يحظى بتأييد، فإن الفقه الإسلامي لم يضع نظرية في شكل نظرية عامة كما هو الشأن في القانون المدني.

والسبب في ذلك كما يقول الدكتور عبدالرزاق السنهوري: «أن الفقه الإسلامي لم يألف وضع النظريات العامة، وإنما يعالج المسائل مسألة مسألة ويضع لها حلولاً عملية يمكن أن يصاغ منها نظرية يسودها منطق قانوني سليم»(١) .

هذا من جهة ومن جهة أخرى «أن الفقه الغربي اضطر إلى وضع نظرية عامة للظروف الطارئة؛ لأن قوة العقد الملزمة فيه قد بولغ فيها مبالغة دعت إلى تلمس الوسائل للتخفيف منها نزولاً على مقتضيات العدالة، وكانت المبالغة تحت تأثير المذاهب الفردية والتخفيف تحت تأثير التضامن الاجتماعي، أما في الفقة الإسلامي حيث مقتضيات العدالة تسود دائماً عند تعارضها مع القوة الملزمة للعقد، فقد أمكن في ضوء هذه المقتضيات فتح ثغرات مختلفة في القوة الملزمة للعقد، دون أن يرى الفقهاء داعياً وضع نظرية يرجع إليها في تبرير ذلك؛ ما دامت مقتضيات العدالة هي التي يلجأ إليها عادة في التبرير»(٢) .

---

(١) الدكتور عبدالرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ٦/٩٠.

(٢) المصدر السابق، نفس الموضع.

الفصل الثالث

أثر العقد من حيث الأشخاص

١٤٤) تمهيد:

إن إنعقاد العقد صحيحاً بين طرفيه يترتب عيه حقوق والتزامات فعلى من تكون هذه الالتزامات، ولمن تكون هذه الحقوق؟

١٤٥) نسبية أثر العقد(١):

وضحت المادة ١٤٥ مدني مصري المقصود بنسبية أثر العقد بقولها: «ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام، دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث، ما لم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام».

والنص السابق يوضح لنا أن المقصود بنسبية أثر العقد أن العقد إذا كان صحيحاً نافذاً فإن أثره ينصرف إلى العاقدين، وإلى الخلف العام «وهو من يخلف الشخص في ذمته المالية أو في جزء منها باعتبارها مجموعة من المال، كالوارث والموصى له بحصة من التركة كالثلث أو الربع مشاعاً».

والخلف الخاص: «وهو من يكتسب من أحد المتعاقدين حقاً خاصاً كالمشتري، والموصى له من التركة بعين متعينة». والخلف العام والخلف

---

(١) انظر د/عبدالناصر العطار، مرجع سابق، ص١٢٢، بند ٧١ - د/ محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص٢٦٣، بند٢١٢ - د/ محمد حسين الشافعي، ص٢٨٩ بند٢٦١.

الخاص لا يعتبران من الغير، ولذلك تنصرف إليهما آثار العقد الذى أبرمه السلف.

وانصراف العقد إلى المتعاقدين بصفة أساسية دون غيرهما(١) تعتبر نتيجة لمبدأ سلطان الإرادة - حيث ينتج العقد آثاره فى مواجهة طرفيه الذين أرادا هذا الأثر وهما المتعاقدان، وبالتالى فلا يصيب هذا الأثر الغير الذى لم يرده ولم يعبر فى العقد بإرادته(٢) .

- هذا وسنتناول بالشرح انصراف آثار العقد إلى الخلف العام، والخلف الخاص ثم نتناول أخيراً قاعدة: عدم انصراف العقد إلى الغير وذلك فى مباحث على الوجه الآتى:

---

(١) «ولكن هذا لا يمنع من إمكان الاحتجاج بهذا العقد على الغير، فالغير وإن كان لا يلتزم بمقتضى عقد لم يكن طرفًا فيه، إلا أنه لا يستطيع إنكار وجود العقد كظاهرة اجتماعية، ولا أن ينكر الآثار التي ترتبت عليه فيما بين عاقدي، ولا أن يتدخل لعرقلة تنفيذ هذه الآثار، وبناء عليه يلتزم كل أصحاب الأعمال باحترام عقد العمل المبرم بين العامل وبين أحد أرباب الأعمال، فإذا ساعد أحدهم هذا العامل على الإخلال بإلتزاماته الناشئة عن عقدالعمل، كأن يحرضه على ترك العمل قبل انقضاء مدة العقد إذا كان محدد المدة أو على إفشاء أسرار العمل، فإنه يكون مخطئًا ويلتزم بالتعويض، وذلك على أساس المسئولية التقصيرية. انظر د/ محمد لبيب شنب، ص٢٦٣، هامش(١).

(٢) انظر د/ محمد لبيب شنب، ص٢٦٣ بند٢١٢.

المبحث الأول
انصراف آثار العقد إلى الخلف العام

٢٤٦) المقصود بأثر العقد:

هو ما يترتب عليه من حقوق والتزامات فى مواجهة عاقدية، أما فيما يتعلق بانصراف أثر العقد إلى الخلف العام وفقًا لنص المادة (١٤٥ مدنى مصرى) يجب أن نفرق بين الحقوق والالتزامات، حيث تنتقل الحقوق إلى الورثة، أما بالنسبة لالتزامات العقد، فإنها لا تنتقل إلى الخلف العام أى الورثة حيث تحكمها القاعدة الشرعية: «أنه لا تركة إلا بعد سداد الديون»(١) ، بمعنى أن الالتزامات التى على المورث إنما تتحملها التركة بعد وفاته أى تنفذ من التركة قبل انتقال التركة إلى الورثة، وهذا هو المقصود بالتحفظ الذى ورد فى المادة ١٤٥ مدنى وهو القول بأن يكون ذلك «دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث»، حيث لا يخلف الخلف العام مورثه إلا فيما يتبقى من التركة بعد سداد الديون»(٢) .

- أما أثر انصراف أثر العقد في القانون الفرنسي، يقصد به أن شخصية الوارث تحل محل شخصية المورث فى كل الحقوق والإلتزامات، ويترتب على ذلك: أن الوارث يسأل عن كل ديون المورث حتى ولو زادت على التركة ما لم يقبل الوارث التركة تحت شرط الجرد حينها لا يسأل عن الديون إلا فى حدود ما آل إليه من أموال التركة، كما أنه من جهة أخرى أن يرفض التركة برمتها(٣) .

---

(١) ذهب جانب من الفقه إلى تفسير القاعدة السابقة إلى أن إلتزامات المورث تنتقل إلى ورثته مع حقوقه، ولكن حقوق المورث تبقى ضامنة لإلتزاماته بحيث لا تخلص للورثة إلا بعد الوفاء بهذه الإلتزامات. انظر د/اسماعيل غانم، النظرية العامة للإلتزامات ص٣٤٣ بند٧٧.

(٢) قضت محكمة النقض بتاريخ ١٩٧٧/٢/٢٢ ـ مجموعة أحكام النقض س٢٨ ص٥٤٨ بأن «الديون المستحقة على التركة ـ غير قابلة للإنقسام فى مواجهة الورثة، فيلتزم كل منهم بأدائها كاملة إلى الدائنين طالما قد آل إليه من التركة ما يكفى السداد، فإن كان دون ذلك فلا يلزم إلا فى حدود ما آل إليه من التركة، لأن الوارث لا يرث دين المورث، وله الرجوع على باقى الورثة، بما يخصهم من الدين الذى وفاه كل بقدر نصيبه».

(٣) بلانيول، وريبير وأسمان، القانون المدنى، جـ٦ بند٣٢٩.

٢٤٧) الاستثناءات:

نصت المادة ١٤٥ مدني على الاستثناءات من انصراف أثر العقد إلى الخلف العام بقولها: «.... ما لم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام».

ومن النص السابق يمكن لنا أن نشير إلى تلك الحالات على سبيل المثال على الوجه الآتي:

أ) الاتفاق بين العاقدين:

قد يتفق العاقدان على أن لا ينصرف أثر العقد إلى ورثة أحدهما أو ورثة كليهما، فإن العقد ينقضي أثره بوفاة العاقد المعين في الحالة الأولى، أو بوفاة أي العاقدين في الحالة الثانية(١) .

ومثال ذلك: «إذا اتفق المؤمن ضد الحريق مع المؤمن له على أن عقد التأمين ينقضي بموت الأخير ولا ينصرف أثره من بعده إلى ورثته، ولكن يلاحظ أن انقضاء العقد في هذه الحالة لا يعني إلا وقف آثاره بالنسبة للمستقبل، أما آثاره التي تحققت قبل موت العاقد فإنها تبقى في ذمته وتنتقل إلى ورثته، فأقساط التأمين التي قبضها المؤمن تبقى له، ولا يجوز لورثة المؤمن له استردادها، فالأقساط التي استحقت قبل الوفاة ولم تسدد تمثل ديناً على التركة، وإذا وقع الحريق قبل موت المؤمن له استحق المؤمن له مبلغ التأمين وانتقل حقه فيه إلى ورثته(٢) .

ب) إذا كانت شخصية المتوفى محل اعتبار في العقد:

وذلك كالطبيب، والمهندس، والرسام، والمحامي، ونحو ذلك من أصحاب المهن الفنية فإن أثر العقد لا ينصرف إلى الخلف العام لأن طبيعة الالتزام تأبى ذلك.

---

(١) السنهوري، الوسيط، جـ١ ط٣ بند ٣٤٧ ص٧٢٥ وما بعدها ـ د/سليمان مرقس، الوافي، مرجع سابق، ص٥٧٥ بند٢٩٧.

(٢) د/سليمان مرقس، الوافي، مرجع سابق، ص٥٧٥ بند ٢٩٧.

جـ) قد ينص القانون على عدم انتقال آثار عقد إلى الورثة:

ويكون ذلك غالباً لرغبة المشرع في حماية الوارث من بعض تصرفات مورثه الضارة به[١]، ومثال ذلك حماية الورثة اقتضت أن تكون الوصية وهي تصرف قانوني صادر من المورث، غير نافذة في حق الورثة فيما يجاوز ثلث التركة، فهؤلاء يعتبرون من الغير بالنسبة للحد الزائد عن الثلث، فلا يكون نافذاً في حقهم إلا إذا أجازوه، ويأخذ حكم الوصية التصرف في مرض الموت، ويكون مقصوداً به التبرع، فلا ينفذ في حق الورثة إلا في حدود ثلث التركة[٢].

---

(١) السنهوري، الوسيط، جـ١ ص٢ ص٧٢٦.

(٢) د/عبدالودود يحيى، مرجع سابق، ص١٢، بند١١٢.

المبحث الثاني
انصراف آثار العقد إلى الخلف الخاص[١]

٢٤٨) ذكرنا من قبل[٢] أن الخلف الخاص هو: من تلقى عن غيره حقاً معيناً بالذات سواء كان هذا الحق عينياً أو شخصياً[٣] ـ كالمشترى يخلف البائع في ملكية العين المبيعة، والمرتهن يخلف الراهن في حق الرهن، وكذلك الموصى له بعين معينة من التركة[٤] ، وهو لا يعتبر خلفاً خاصاً للسلف إلا فيما يتعلق بالحق الذي تلقاه عنه، وطالما أنه لا يستند في ذلك الحق إلي سبب آخر غير سبب التلقي المذكور[٥] .

والأصل: أن الخلف الخاص يعتبر من الغير بالنسبة للعقود التي يبرمها سلفه فلا تنصرف إليه آثارها طالما أنها لا تتعلق بنفس الشيء الذي انتقل إليه، فعقد القرض الذي يبرمه البائع قبل البيع لا تنصرف آثاره إلى المشتري، وكذلك إذا أجر البائع شيئاً غير الشيء المبيع فإن آثار هذا الإيجار لا تنصرف إلى المشتري[٦] .

---

(١) د/ محمود جمال الدين زكي، النظرية العامة للإلتزامات فقرة ١٢٤ وما بعدها ص١٤٢ وما بعدها ـ د/سليمان مرقس، الوافي ص ٧٩ بند ٢٥٨ وما بعده ـ د/ محمد حسين الشافعي، ص٢٩٧ بند ٢٧٢ ـ د/عبدالودود يحيى، مرجع سابق، ص١٣٢.

(٢) انظر بندر ٢٤٥ من هذا البحث.

(٣) انظر د/ سليمان مرقس، الوافي، مرجع سابق، ص٥٧٩ بند٢٩٨.

(٤) د/ محمد عمران، الالتزام بضمان السلامة ص ١٦٤ ـ د/ محمود جمال الدين زكي، النظرية العامة للإلتزامات فقرة ١٢٤ ص١٤٢ .

(٥) قضت محكمة النقض في ٩ نوفمبر ١٩٧٥، مجموعة أحكام النقض ٢٦ ـ ١٤٢٢ ـ ٣٦٩، بأنه «ولما كان الطاعن يركن في إثبات ملكيته للمخبز باعتباره محلا تجارياً إلى عقد شراء له بتاريخ ...... من مالكه السابق، وهو بهذا الوصف مستقل في ملكيته عن العقار الذي اشترته المورثة في تاريخ لاحق من مالك العقار الذي يقع به المحل التجاري، لا يكون حجة على الطاعن الوارث مادام يستند في ملكيته إلى سبب آخر» ـ انظر نقض مدني ٢١/١٢/١٩٨١ في الطعن رقم ٢٨ س٤٥ ق وقد جاء فيه «أنه من المقرر أن العقد لا يتناول أثره بوجه عام إلا أطرافه ومن يمثلونهم في التعاقد من خلف عام أو خاص، وأنه لا يكون حجة على من يخلف المتعاقد من وارث أو مشتر أو متلق عنه إذا استند هذا الخلف في إثبات ملكيته إلى سبب آخر غير التلقي».

(٦) انظر د/محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص٥٧٩ بند ٢٩٨.

ولكن قد يحدث أن يبرم السلف عقداً يتعلق بنفس الشيء الذى انتقل إلى الخلف، فهل تنصرف آثار هذا العقد إلى الخلف الخاص الذى تلقى الشيء الذى يتعلق به العقد عن السلف؟

ومثال ذلك: أن يبرم مالك البناية عقداً لصيانة المصعد الموجود بها، ثم يبيعها، فهل تنصرف آثار عقد الصيانة إلى المشترى؟

أو أن يؤمن مالك السيارة عليها ضد الأضرار ثم يبيعها، فهل تنتقل آثار عقد التأمين إلى مشترى السيارة؟(١)

٢٤) شروط انصراف آثار العقد إلى الخلف الخاص:

لقد تناولت المادة ١٤٦ من القانون المدنى شروط انصراف آثار العقد إلى الخلف الخاص بقولها: «إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقاً شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص، فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذه الخلف فى الوقت الذى ينتقل فيه الشيء، إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه».

ويستفاد من النص السابق أن أثر العقد لا ينصرف إلى الخلف الخاص إلا بتوافر ثلاث شروط يمكن الإشارة إليها على الوجة الآتى:

أولا: أن يكون عقد السلف سابق التاريخ على العقد الذى انتقل إلى الخلف، فإن كان متأخراً فلا ينصرف أثر العقد إليه، وعلى ذلك إذا باع شخص شيئاً من الأشياء، وبعد البيع قام بتأجيره، فإن آثار عقد الإيجار لا تنصرف إلى المشترى.

ثانيًا: أن تكون الحقوق والإلتزامات الناشئة عن العقد من مستلزمات الشيء الذى انتقل إلى الخلف.

ويعتبر الحق من مستلزمات الشيء **إذا كان مكملا له**، كحق التأمين، فإذا أمَّن شخص على منزل مملوك له ضد الحريق ثم باعه، فإن حقه الناشئ

---

(١) انظر عرض الأمثلة د/محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص٢٦٦ بند ٢١٦.

عن عقد التأمين ينتقل إلى المشترى باعتباره من مستلزمات الشيء[١] .

كما يعتبر الحق من مستلزمات الشيء إذا كان يقيد من مدى حقوق مالكه: كالإلتزام بعدم استعمال الشيء على وجه معين من وجوه الأستعمال ومثاله: إذا التزم مالك قطعة أرض فى مواجهة جاره بعدم استعمال الأرض فى إقامة ملهى أو مطعم، ثم باع هذه الأرض فإن هذه الإلتزام ينتقل إلى المشترى باعتباره من مستلزمات الشيء الذى انتقل إليه[٢] .

ثالثًا: أن يعلم الخلف بالحقوق أو الإلتزامات الناشئة عن العقد الذى أبرمه السلف وقت انتقال الشيء إليه.

والعقد الذى يبرمه السلف بشأن الشيء قبل انتقاله إلى الخلف قد يولد حقوق وقد يولد إلتزامات، ففيما يتعلق بالحقوق كحق الإرتفاق مثلاً، فإن الشيء ينتقل إلى الخلف وهو يتمتع بهذا الحق، ولا يشترط العلم المسبق للخلف بهذا الحق لأنه يستدل على علمه بها من خلال مطالبته بالحق، وله أن يطالب من أخل بها وفقًا لأحكام المسئولية العقدية[٣] .

أما بالنسبة للإلتزامات المترتبة على الشيء، كما لو كان العقار مثقلاً بحق ارتفاق لعقار مجاور، أو حق رهن، فإنه لكى ينتقل الإلتزام المتعلق المتعلق بالشيء لابد أن يعلم بها الخلف الخاص، وقت انتقال الشيء إليه، لأن الغرض من هذا الشرط هو حماية الخلف الخاص، والحماية هنا تكون بالنسبة للإلتزامات، أما الحقوق فليس هناك ما يمنعه من التمسك بها كما ذكرنا سابقًا، حتى ولو لم يكن عالمًا بها وقت انتقال الحق إليه.

---

(١) د/محمد لبيب شنب، ص٢٦٧ بند٢١٧.

(٢) د/ ممد لبيب شنب، مرجع سابق، ص٢٦٧ بند٢٢٧.

(٣) د/ محمد حسين الشامى، مرجع سابق، ص٢٩٧ بند ٢٧٣، د/عبدالودود يحيى، مرجع سابق، ص١٣٢.

المبحث الثالث
آثار العقد بالنسبة للغير(١)

[illegible]٠) المقصود بالغير:

هم من لم يشتركوا فى إبرام العقد ولم يكونوا ممثلين فيه، أى أن الغير هو كل شخص ليس طرفًا فى العقد أو خلفًا عامًا أو خاصًا لأحد المتعاقدين.

[illegible]٠) القاعدة: عدم انصراف أثر العقد إلى الغير(٢).

لقد قرر القانون قاعدة عامة تقضي بعدم انصراف أثر العقد إلى الغير وقد أكدت المادة ١٥٢ مدنى هذه القاعدة بقولها: «لا يرتب العقد التزامًا فى ذمة الغير، ولكن يجوز أن يكسبه حقًا».

وقد طبقت هذه القاعدة على حالة خاصة وهي التعهد عن الغير حيث نصت المادة ١٥٣ على هذا التطبيق بقول: «١) إذا تعهد شخص بأن يجعل الغير يلتزم بأمر فلا يلزم الغير بتعهده، فإذا رفض الغير أن يلتزم، وجب على المتعهد أن يعوض من تعاقد معه، ويجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو بنفسه بتنفيذ الإلتزام الذى تعهد به.

٢) أما إذا قبل الغير هذا التعهد، فإن قبوله لا ينتج أثرًا إلا من وقت صدور، ما لم يتبين أنه قصد صراحة أو ضمنًا أن يستند أثر هذا القبول إلى الوقت الذى صدر فيه التعهد».

---

(١) انظر د/ سليمان مرقس، مرجع سابق، ص٥٩٦ بند ٣٠٩ وما بعده - د/عبدالودود يحيى، مرجع سابق، ص١٢٣ بند١١٤ وما بعده.

(٢) جاء في حكم محكمة النقض بتاريخ ١٩٧٧/٢/٣١، مجموعة أحكام النقض ٢٨ -٤٩١-٩٤، أن العقد لا يكون ملزمًا إلا لعاقدية وخلفهم العام. سواء كان العقد عرفيًا أو رسميًا أو مسجلا...»، وجاء في حكم النقض فى ١٩٦٤/١١/١٢، مجموعة أحكام النقض ١٥-٢٢-١٠-١٥٢ أن «العقد لا ينصرف أثره إلى غير عاقديه وخلفائهم، ولا يمكن أن يرتب إلتزامًا فى ذمة الغير، ولو كان تابعًا لاحد العاقدين».

الأستثناء من القاعدة:

إلا أن القانون المدنى أورد استثناءاً على القاعدة حيث أجاز الاستثناء منها فى حالة معينة هى الاشتراط لمصلحة الغير والذى نص على أحكامه فى المواد من ١٥٤ إلى ١٥٦ مدنى مصرى.

وسنتاول التطبيق المتعلق بقاعدة: «عدم انصراف أثر العقد إلى الغير» والمتمثل فى «التعهد عن الغير»، ثم نعقب ذلك بشرح الاستثناء الوارد على هذه القاعدة والمتمثل فى حالة «الاشتراط لمصلحة الغير» بالتفصيل على الوجه الآتى:

المطلب الأول
التعهد عن الغير

٢٥١) نصت المادة ١٥٣ مدنى على الأحكام المتعلقة بالتعهد عن الغير والتى سبق ذكرها[١] . ويستفاد من نص المادة أن ماهية التعهد عن الغير هو «عقد يتم بين شخصين يتعهد فيه أحدهما (المتعهد) في مواجهة الطرف الآخر بأن يجعل شخصاً ثالثاً (الغير) يلتزم بأمر معين»[٢] .

ومثال ذلك: أن يكون بين الشركاء قاصر أو غائب فيتعهد أحدهما أو يتعهد كل منهم للآخر على حمل القاصر عند بلوغه أو الغائب عند وصوله على قبوله إقرار القسمة، فإن وصل الغائب أو بلغ القاصر، وأقر القسمة نفد التعهد، وإن لم يقرها وطلب إبطال القسمة كان على المتعاهد أن يقوم بتعويض من أصابه الضرر بسبب إبطال القسمة[٣] .

وأيضاً لو أبرم الوكيل عقداً متجاوزاً حدود وكالته، وطلب منه المتعاقد الآخر تعهداً شخصياً بأن يجعل الموكل يقر العقد بما فيه من تجاوز حدود

---

(١) انظر البند ٢٥٠ مكرر.

(٢) انظر د/عبدالودود يحيى، مرجع سابق، ص١٣٢.

(٣) انظر عرض المثال د/محمد حسين الشامى، ص٢٠١ ـ عبدالمنعم البدراوى، أحكام الالتزام، فقرة ٣٦٠ ص ٤٥٢.

وكالته فإذا أقر الموكل العقد نفذ التعهد، وإذا لم يقره فإن الوكيل يكون مسئولاً شخصياً عما أصاب المتعاقد معه من ضرر[١] . وذلك لأن هذا الاتفاق يقتصر أثره على المتعاقدين، ولا ينشيء التزاماً في ذمة الغير.

٣) ٢) شروط التعهد عن الغير:[٢]

لكي نكون بصدد تعهد عن الغير يجب توافر الشروط الآتية:

الشرط الأول: أن يتعاقد المتعهد باسمه لا باسم الغير المتعهد عنه:

وفى هذا الشرط يتميز التعهد عن الغير عن الوكالة حيث يتعاقد الوكيل باسم الموكل - وإن كان يتفق مع عقد الوكالة بالعمولة حيث يتعاقد الوكيل بالعمولة باسمه هو لا باسم الموكل - كما يتميز أيضاً عن الفضالة حيث يتعاقد الفضولي باسم الأصيل ولحسابه بغير نيابة عنه. أما التعهد عن الغير فما هو إلا عمل شخصي غايته الحصول على رضا الغير.

الشرط الثاني: أن يتجه إرادة المتعهد إلى إلزام نفسه لا إلزام الغير:

حيث يكون إلتزامه شخصي بأن يتعهد بأن يحمل الغير على أن يتعاقد مع المتعهد له، حيث لا يستطيع إلزام الغير بالتعاقد[٣] .

الشرط الثالث: أن يكون محل الإلتزام الذي أخذه المتعهد على عاتقه الحصول على موافقة الغير على التعهد:

حيث يكون إلتزامه هنا التزام بتحقيق نتيجة وليس بوسيلة حيث يصير المتعهد مقصراً إذا لم يوافق أو يقر عنه الغير بما إلتزم به المتعهد، وهى النتيجة المبتغاة من التعهد، ويكون جزاء تقصيره إلزامه بالتعويض أما

---

(١) انظر د/ محمد حسين الشامي ص٢٠١، د/ عبدالودود يحيى ص١٢٣.

(٢) د/عبدالودود يحيى ص١٢٣ بند ١١٦ ـ د/محمد حسين الشافعي ص ٢٠٢ بند ٢٧٨، عبدالناصر العطار، مرجع سابق ص ١٣١، د/سليمان مرقس ص٦٠٠ بند ٣١٢.

(٣) د/عبدالناصر العطار ص١٣٩.

إذا أقر الغير التعهد برئت ذمة المتعهد، ولو لم ينفذ الغير إلتزامه لأن المتعهد عن الغير ليس كفيلاً للغير في أداء إلتزامه[1].

٢٥٤) أثر التعهد عن الغير:

إذا توافرت الشروط السابقة كنا بصدد عقد صحيح للتعهد عن الغير، وهو عقد ملزم لجانب واحد هو (المتعهد)، ويعتبر الغير أجنبي عن هذا العقد، وليس ملزماً له، وفي حديثنا عن أثر التعهد عن الغير يجب أن نفرق بين مرحلة قبل قبول الغير، ومرحلة ما بعد قبوله.

٢٥٥) أولاً: أثر التعهد عن الغير قبل قبول الغير (المتعهد عنه):

يعتبر المتعهد عنه في التعهد عن الغير من الغير، ولذلك فلا تنصرف إليه آثار التعهد، وبصفة خاصة لا يلتزم بأى إلتزام ناشئ عن هذا التعهد قبل أن يقبله، لأنه لم يكن طرفاً فيه وذلك عملاً بقاعدة نسبية آثار العقد.

ولكنه ينشئ التزامات في ذمة المتعهد نفسه بأن يحصل على قبول الغير (المتعهد عنه)، فإذا حصل على ذلك برئت ذمته - وخاصة أن إلتزامه هذا إلتزام بنتيجة - ونشأت العلاقة بين المتعهد له (المشترط) والغير، أما إذا لم يستطيع المتعهد الحصول على قبول الغير اعتبر مخلاً بالتزامه الأصلى ووجب عليه تعويض المتعاقد الآخر عن الضرر الذى يصيبه بسبب ذلك، ولكن المتعهد يستطيع أن يتلافى التعويض إذا أثبت السبب الأجنبى الذى لا يد له فيه والذى منعه من الوفاء بالتزامه.

إلا أنه يجوز للمتعهد أن يخلص من هذه المسئولية بأن يقدم هو نفسه بتنفيذ الإلتزام الذى وعد به إذا كان فى استطاعته ذلك دون الإضرار بالدائن[2]، ولكن لا يجوز إجباره على ذلك وخاصة أنه لم يلتزم بتنفيذ الإلتزام شخصياً.

---

(١) د/سليمان مرقس ص١ ٦٠ - السنهورى، الوسيط جـ١ ط ث سنة ١٩٨١، بند ٣٥٩ ص٧٥٣ - المذكرة الإيضاحية، مجموعة الأعمال التحضيرية للتقنين المدنى، جـ٢ ص ٢٦٩.

(٢) انظر د/السنهورى، الوسيط جـ١ بند ٣٦٤ - د/ سليمان مرقس، مرجع سابق، ص٣٠٢، بند٣١٤.

٢٤٦) ثانياً: أثر التعهد بعد قبول الغير (المتعهد عنه):

ينشأ عن التعهد عن الغير رخصة للغير، فيكون له أن يقبل هذا التعهد أو أن يرفضه.

أ) فإذا قبل الغير التعهد، فإنه يصبح بمقتضى هذا القبول ملتزماً في مواجهة المتعاقد مع المتعهد.

والأصل ألا ينشأ هذا الإلتزام إلا من تاريخ القبول، ما لم يتبين أن الغير قد قصد صراحة أو ضمناً أن يستند أثر القبول إلى الوقت الذى صدر فيه التعهد، فيكون للقبول هنا أثراً رجعياً (م١٥٣/٢مدنى مصرى).

أما إذا كان هذا الإقرار بالقبول واقعاً على المستقبل كما لو تعهد (أ) و(ب) أن يجعل (جـ) يعطيه قرضاً أو يرسم له ورضى (جـ) بذلك فإن العقد يتم بين (ب) و(جـ) بالنسبة للمستقبل من تاريخ صدور القبول[1] .

ب) أما إذا لم يقبل الغير التعهد:

فإن المتعهد يكون مسئولا عن الغير، فى مواجهة المشترط وجاز لمن تعاقد مع هذا المتعهد أن يرجع عليه بالتعويض إذا أصابه ضرر من هذا الرفض، أما الغير فلا يضار من هذا التعهد بشىء ولا يجبر المتعهد على التنفيذ وإن كان له أن يتخلص من المسئولية بسببين هما إثبات السبب الأجنبى - كما ذكرنا - أو بقيامه بتنفيذ العقد بنفسه إذا كان ذلك ممكناً، وليس لشخصية الغير محل اعتبار بالنسبة للطرف المتعاقد معه[2] ، (م١٥٣/٢مدنى مصرى).

---

(١) انظر فى المثال د/محمد حسين الشامى، ص٣٠٢، بند ٣٧٩.

(٢) د/ محمد حسين منصور ص ٣٠٢، ٣٠٤ بند ٣٧٩.

المطلب الثانى
الإشتراط لمصلحة الغير(١)

٢٥٧) أولاً: النصوص القانونية:

ـ المادة ١٥٤ مدنى مصرى «(١) يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير، إذا كان له فى تنفيذ هذه الإلتزامات مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية.

(٢) ويترتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقاً مباشراً قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه، ما لم يتفق على خلاف ذلك. ويكون لهذا المتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالدفوع التى تنشأ عن العقد.

(٣) ويجوز كذلك للمشترط أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنتفع، إلا إذا تبين من العقد أن المنتفع وحده هو الذى يجوز له ذلك».

ـ المادة ١٥٥ مدنى «(١) يجوز للمشترط دون دائنيه أو ورثته أن ينقض المشارطة قبل أن يعلن المنتفع إلى المتعهد أو إلى المشترط رغبته فى الاستفادة منها، ما لم يكن مخالفاً لما يقتضيه العقد.

(٢) ولا يترتب على نقض المشارطة أن تبرأ ذمة المتعهد قبل المشترط، إلا إذا اتفق صراحة أو ضمناً على خلاف ذلك، وللمشترط إحلال منتفع آخر محل المنتفع الأول، كما له أن يستأثر لنفسه بالانتفاع من المشارطة».

ـ المادة ١٥٦ مدنى «لا يجوز فى الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون المنتفع شخصاً مستقبلاً أو جهة مستقبلة، كما يجوز أن يكون شخصاً أو

---

(١) انظر د/سليمان مرقس، الوافى ص٦٠٧ وما بعدها بند ٣١٦ وما بعده ـ د/عبدالودود يحيى، ص١٣٥ بند١١٨ وما بعده ـ د/ محمد لبيب شنب، ص٢٧٢ بند ٢٢٤ وما بعده ـ د/ محمد حسين الشامى، مرجع سابق، ص٣٠٤ بند ٢٨٠ وما بعده ـ عبدالمنعم البدراوى، أحكام الالتزام. فقرة ٣٦٥ وما بعده ص٤٦٢.

جهة لم يعينا وقت العقد، متى كان تعينهما مستطاعاً وقت أن ينتج العقد أثره طبقاً للمشارطة.

٢٥٨) ثانياً التعريف بالاشتراط لمصلحة الغير وصوره العملية:

أ) التعريف:

الاشتراط لمصلحة الغير هو: عقد يشترط فيه أحد المتعاقدين يدعى (المشترط) على المتعاقد الآخر ويسمى (المتعهد) إلتزاماً لمصلحة شخص ثالث ليس طرفاً فى العقد ويسمى (المستفيد) بحيث ينشأ لهذا الأخير حق مباشر للمنتفع قبل المتعهد.

ويفيد الاشتراط لمصلحة الغير بهذا المعنى استثناءاً من مبدأ نسبية أثر العقد بمعنى أن العقد يجوز أن يكسب الغير حقاً (م١٥٢ مدنى مصرى).

ب) الصور العملية للتعاقد لمصلحة الغير:

عقد التأمين:

وصورته أن يؤمن شخص على حياته بمبلغ معين ويشترط على شركة التأمين أن تفى بمبلغ التأمين فى حالة وفاته إلى زوجته أو إلى أبنائه أو إلى أى شخص بعينه.

أو أن يؤمن شخص على حياته لمصلحة دائنيه. أو أن يؤمن المدين الراهن على العقار المرهون ضد الحريق لمصلحة الدائن المرتهن حتى لا يتعرض حق الأخير للضياع بمجرد الحريق. وقيام رب العمل بالتأمين على عماله لدى شركة التأمين ضد الوفاة أو أصابات العمل حتى يضمن لهم التعويضات اللازمة من أقرب سبيل دون إرهاق نفسه[1] ، أو قيام الناقل بالتأمين على البضاعة ضد أخطار النقل لمصلحة المرسل إليه.

---

(١) سليمان مرقس، ص٦٠٧ بند ٣١٦ ،د/عبدالودود يحيى ص١٣٦ بند ١١٨.

- فى عقد الهبة أو البيع مع اشتراط قيام الموهوب له أو المشترط بأداء لمصلحة الغير:

«كأن يهب شخص لآخر قطعة أرض، ويشترط عليه أن يدفع لشخص ثالث مرتب مدى حياته، أو أن يبيع شيئًا مرهونًا ويشترط على المشترى أن يدفع أقساط الدين المضمون بالرهن إلى الدائن»[1] - أو أن يشترط البائع على المشترى لقطعة أرض صالحة للبناء قيوداً لمصلحة المجاورين.

- عقد الاحتكار:

الذى يبرم بين الحكومة والمحتكر حيث تضمنه الحكومة شروط لمصلحة الجمهور.

٢٥٩) ثالثًا: شروط الاشتراط لمصلحة الغير:

الاشتراط لمصلحة الغير عقد ولذا يلزم أن تتوافر فيه الأركان والشروط العامة اللازمة لانعقاد العقد وصحته (الرضاء - المحل - السبب - خلو الإرادة من العيوب) إلا أنه يلزم أيضًا بالإضافة إلى ذلك ضرورة توافر الشروط الخاصة به وهى ثلاثة شروط سنتعرض لها على الوجه الآتى:

الشرط الأول: أن يتعاقد المشترط باسمه هو مع المتعهد لا باسم المنتفع:

إن طرفى عقد الاشتراط لمصلحة الغير هو المشترط والمتعهد، ولذا يجب أن يتعاقد المشترط باسمه الخاص لا باسم المنتفع لأنه ليس وكيلاً عنه، فالمنتفع هنا بالنسبة للعقد من الغير، فإذا تعاقد المشترط باسم المنتفع كنا بصدد وكالة إذا كان وكيلاً عنه، أو بصدد فضالة وذلك إذا تعاقد باسم المنتفع دون وكالة منه، وبالتالى فلا نكون فى هذه الحالة بصدد تعاقد لمصلحة الغير وهو المنتفع فى عقد الاشتراط لمصلحة الغير[2].

---

(١) د/ محمد لبيب شنب، ص٢٧٣.

(٢) انظر د/ محمد لبيب شنب ص ٢٧٤ بند ٢٢٧.

الشرط الثاني: إتجاه إرادة المتعاقدين إلى إنشاء حق مباشر للمنتفع:

ويقصد بذلك أن موضوع التعاقد هو إنشاء حق مباشر للمنتفع، أي أن حق المنتفع لا يمر قبل ذلك بذمة المشترط[1] ، وهذه هي العلامة المميزة للاشتراط لمصلحة الغير، فلو اتفق في العقد على أن يكسب المشترط الحق لنفسه فلن تكون بصدد عقد اشتراط لمصلحة الغير، حتى ولو انتقل بعد ذلك الحق للمنتفع، فالحق الذي يكسبه المنتفع من الاشتراط لمصلحة الغير إنما ينشأ من العقد الذي أبرم بين المشترط والمتعهد دون أن يشترك فيه أو يمثل فيه بأي شكل، وليس من العقد الذي يبرم بين المشترط والمنتفع ولا بين المنتفع والمتعهد[2] .

الشرط الثالث: وجود مصلحة شخصية للمشترط:

نص القانون المدني في المادة (١٥٤/١) على أنه يجب أن تكون للمتشرط مصلحة شخصية مشروعة في الاشتراط سواء أكانت هذه المصلحة مادية أو معنوية.

ومثال المصلحة المادية: كأن يشترط البائع (المتشرط) على المشترى (المتعهد) أن يدفع جزء من الثمن أو الثمن كله إلى دائن البائع، فالمصلحة المادية هنا للبائع هي الوفاء بما عليه من دين.

ومثال المصلحة الأدبية أي المعنوية: أن يشترط المستأمن (المشترط) على شركة التأمين (المتعهد) أداء مبلغ التأمين في حالة وفاته لأبنائه[3] ، أو أن يشترط الواهب على الموهوب له شيئاً لمصلحة الفقراء أو لأعمال البر.

والمصلحة الأدبية لا تقل أهمية في نظر المشترط عن مصلحته المادية، ولذا يكفي أن تتوافر المصلحة الأدبية دون المصلحة المادية بعكس ما ذهب

---

(١) د/ السنهوري، الوسيط، جـ١ بند ٣٧٢ - بلانيول وريبير وإسحاق، جـ٦ بند ٣٥٦.

(٢) انظر د/سليمان مرقس، الوافي مرجع سابق، ص٦١٥ بند ٣٢٢.

(٣) د/ محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص٢٧٥ بند ٢٢٩.

إليه جانب من الفقه[(١)] من أنه يلزم توافر المصلحة المادية للمشترط، لأن المادة ١/١٥٤ قد ذكرت صراحة أن المصلحة الأدبية تكفى[(٢)] .

وعلة وجود هذا الشرط تتمثل فى أن وجود مصلحة للمشترط فى الاشتراط لمصلحة الغير تكفل له حق الرقابة على المتعهد فى تنفيذ إلتزامه نحو الغير، فإذا لم يقم المتعهد بتنفيذ هذا الإلتزام فإنه يمكن للمشترط بما له من مصلحة أن يطالب بفسخ العقد، أو يطالبه بالتنفيذ العينى لا لنفسه بل للمنتفع[(٣)] ، لأنه لا يعتبر دائنًا بالإلتزام ولا يستطيع المطالبة به لنفسه[(٤)] .

وعلى ذلك إذا لم تتوافر للمشترط مصلحة من وراء اشتراطه فإن العقد يكون باطلاً، وهذا الفرض نادر في الحياة العملية لأنه يندر أن يقوم المشترط بالتعاقد لمصلحة الغير إلا إذا كانت له من وراء ذلك مصلحة مادية أو أدبية.

- هذا ولا يلزم أن يكون المنتفع شخصاً معيناً، ولا أن يكون موجوداً وقت الاشتراط:

وإن كان الغالب أن يعين شخص المنتفع عند إبرام العقد بمعرفة المتعاقدان، ولكن لا وجود المنتفع ولا تعيينه فى هذا الوقت يعتبر شرطاً لانعقاد أو صحة التعاقد لمصلحة الغير فيجوز أن يكون المنتفع شخصاً مستقبلاً أى غير موجود حال التعاقد، ولكن قابل للتعيين أو الوجود عند تنفيذ المتعهد للشرط أى عندما ينتج العقد آثاره[(٥)] .

ومن الأمثلة على ذلك: فى التأمين على حياته لمصلحة أولاده الذى سيرزق بهم مستقبلا بإذن الله، أو التأمين لمصلحة العمال أو الركاب، وفى

---

(١) د/ بلانيول وريبير، وأسمان جـ٦ بند ٣٥٢.

(٢) انظر فى ذلك الرأي د/سليمان مرقس ص٦١٦ بند ٣٢٢.

(٣) انظر د/ سليمان مرقس، الوافى ص٦١٦ بند ٣٢٢.

(٤) انظر د/ سليمان مرقس، الوافى ص٦٢٩ بند ٣٢٦.

(٥) انظر د/ إسماعيل غانم ص٢٧٦ رقم ١٩٥ - د/محمد لبيب شنب، ص٢٧٦ بند ٢٣١.

اشترط المحتكر شروطًا لمصلحة الجمهور. ففى الأمثلة السابقة المنتفع عند التعاقد شخصًا غير معين، ولكنه ممكن تعيينه عند تنفيذ آثار العقد، وقد أكدت هذا المعنى المادة (١٥٦ مدنى)(١) .

٢٦٠) آثار الاشتراط لمصلحة الغير:

يترتب على الاشتراط لمصلحة الغير نشوء ثلاث علاقات هى:

أ) علاقة بين المشترط والمتعهد.

ب) علاقة بين المتعهد والمنتفع.

جـ) علاقة بين المشترط والمنتفع.

هذا وسنوضح أحكام كل علاقة على الوجه الآتى:

٢٦١) أولاً علاقة المشترط بالمتعهد:

العلاقة بين المشترط والمتعهد تحكمها شروط العقد المبرم بينهما وإلتزامه، فيلتزم كل منهما تجاه الآخر بما أوجبه العقد عليه(٢) ، فالعلاقة بينهما يحكمها هذا العقد وتنصرف إليهما وفقًا للقواعد العامة جميع آثاره فيما عدا الحق المشترط لمصلحة الغير.

ففى عقد التأمين لمصلحة الغير الشخص نفسه وورثته مثلا يلزم كل من المشترط (الزوج) والمتعهد (شركة التأمين) بما تعهد به كل منهما فى العقد، فيجب على الأول دفع أقساط التأمين، ويلتزم الثانى بأن يدفع إلى الأول ما قد يكون اشترطه لنفسه فوق ما اشترطه لمصلحة ورثته(٣) .

---

(١) حكم المادة (١٥٦ مدنى مصرى) يتفق مع النظرية المادية في الإلتزام، حيث لا تشترط فى قيام الإلتزام أن يكون الدائن موجوداً وقت قيامه ما دام أنه سيوجد وقت تنفيذه (انظر سليمان مرقس ص٦١٧ هامش ٨٧)..

(٢) د/عبدالحى حجازى، مرجع سابق، ص٩٦٠ بند ٧٣٠.

(٣) د/ سليمان مرقس، مرجع سابق، ص٦١٩ بند ٣٢٦.

والبيع مع ترتيب إيراد لمصلحة الغير، يلتزم البائع بنقل ملكية المبيع وبتسليمه وبضمان الاستحقاق والعيوب الخفية، ويلتزم المشترى بأن يدفع للبائع الباقى من الثمن بعد خصم ما يقابل الإيراد المرتب.

فإذا لم يلتزم أى من طرفى العقد بإلتزاماته المذكورة فى العقد جاز للمتعاقد الآخر وفقاً للقواعد العامة إجباره على التنفيذ العينى أو مطالبته بالتعويض، أو فسخ العقد مع التعويض أو التمسك بالدفع بعدم التنفيذ(١) .

ولكن ما أثر الاشتراط لمصلحة الغير فى العلاقة بين الطرفين؟

الاشتراط لا ينشأ التزاماً على عاتق المتعهد فى مواجهة المشترط، ولكن الالتزام يكون فى مواجهة المنتفع، ولكن هل يحق للمشترط فى هذه الحالة أن يطالب المتعهد بالتنفيذ بالرغم من عدم وجود التزام على المتعهد لصالحه؟

الأصل: أن المشترط يستطيع أن يرفع الدعوى باسمه لمطالبة المتعهد بالتنفيذ كما أنه له أن يطالب القضاء بالحكم على المتعهد بتعويض المنتفع وبتعويضه هو شخصياً عن الضرر الذى ترتب على عدم التنفيذ وذلك من منطلق أن للمشترط مصلحة شخصية فى تنفيذ المتعهد لإلتزامه تجاه المنتفع، وقد أكدت هذا المعنى المادة ٢/١٥٤ مدنى مصري بقولها: «ويجوز كذلك للمشترط أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنتفع، إلا إذا تبين من العقد أن المنتفع وحده هو الذى يجوز له ذلك».

ومن النص السابق نجد أن هناك حالة استثنائية تمنع المشترط من رفع الدعوى باسمه، وهى تلك التى تبين من العقد أن المتعاقدين قصدا أن يكون حق مطالبة المتعهد بتنفيذ التزامه تقتصر على المنتفع فقط دون المشترط.

---

(١) د/ عبدالودود يحيى ص ١٣٨ ـ سليمان مرقس، الوافى، مرجع سابق، ص٦١٩ بند ٢٢٦.

ومن أمثلة ذلك:

تعاقد رب العمل مع مستشفي على تقديم العلاج لمن يرغب من عماله في ذلك(١) ونصت على ذلك المادة ٢/١٥٤ مدنى بقولها: «يترتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقاً مباشراً قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه، ما لم يتفق على خلاف ذلك....».

وعلى العكس فقد يتبين من العقد أن حق مطالبة المتعهد قاصرة على المشترط وحده، كا لو اشترط صاحب العمل فى المثال السابق أن يكون حق مطالبة المستشفى بعلاج العمال قاصراً على صاحب العمل وحده، أى أن القاعدة التى تحكم الحق فى مطالبة المتعهد بالتنفيذ قاعدة مكملة.

ثانيًا: علاقة المتعهد بالمنتفع:

ينتج من الاشتراط لمصلحة الغير فى العلاقة بين المتعهد والمنتفع ما يأتى:

أ) ينشأ للمنتفع حق في ذمة المشترط، وهذا الحق حق ذاتي يملكه لا نائباً عن المشترط أى أن هذا الحق لا يمر بذمة المشترط،أى يطالب به المنتفع المتعهد بمقتضى دعوى مباشرة، ولا يحتاج ذلك استعمال الدعوى غير المباشرة التى ترفع باسم المدين ما لم ينص العقد على أن المشترط هو الذي يملك وحده مطالبة المتعهد بالتنفيذت كما ذكرنا من قبل (م ٢/١٥٤ مدنى)، كما يجوز للمنتفع أن يطالب المتعهد بالتعويض عن الضرر الناتج عن عدم التنفيذ(٢) .

علاوة على أن دائنى المشترط لا شأن لهم بهذا الحق لأنه لا يدخل فى الضمان العام لمدينهم فلا يملكون التنفيذ عليه، بعكس دائنى المنتفع حيث

---

(١) د/عبدالودود يحيى، ص١٣٩.

(٢) نقض مدني ١٥ نوفمبر ١٩٨٤، فى القضية رقم ١٧٥ سنة ٤٩ ق ـ نقض مدنى ١٩ إبريل ١٩٧٦ مجموعة أحكام النقض ٢٧ ـ ٩٨١ ـ ١٨٧.

يحق لهم المطالبة بحقوق مدينهم قبل المتعهد بمقتضى الدعوى غير المباشرة، والتى يرفعونها باسم مدينهم (المنتفع)، كما يشارك المنتفع باعتباره دائناً للمتعهد دائنى المتعهد مشاركة القدماء فى اقتسام أموال المتعهد.

وحق المنتفع هنا مصدرة عقد الاشتراط أى أن هذا الحق يوجد منذ إبرام العقد لا من وقت إعلان المنتفع لرغبته فى الاستفادة من الاشتراط، ولذلك لا يؤثر فى هذا الحق فقد المتعهد لأهليته أو وفاته فى الفترة ما بين إبرام العقد وإعلان رغبة المنتفع(١) .

- هذا وعقد الاشتراط هو الذى يوضح حدود هذا الحق وأوصافه وكيفية استعماله علاوة على أن هذا الحق - أي حق المنتفع - يتأثر بما يلحق عقد الاشتراط من دفوع، حيث يستطيع المتعهد أن يتمسك فى مواجهة المنتفع بكافة الدفوع التى يستطيع أن يتمسك بها فى مواجهة المشترط، كالدفع بالبطلان أو بعدم تنفيذ المشترط لإلتزامه المقابل(٢) .

حيث نصت على ذلك المادة ٢/١٥٤ مدنى بقولها: «ويكون لهذا المتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالتأمينات الضامنة لتنفيذ الاشتراط ما لم يتبين من المشارطة أن هذه التأمينات مقررة لمصلحة المشترط وحدة»(٣) .

علاوة على أن مسئولية المدين هنا مسئولية عقدية بمعنى أنها لا تتقادم إلا بمضى ١٥ سنة.

---

(١) د/عبدالودود يحيى، ص١٤٢ بند ١٢٠.

(٢) عبدالودود يحيى ، ص١٤٢ بند ١٢٠.

(٣) د/ عبدالحى حجازى، الالتزامات فى القانون الكويتى، سنة ١٩٨٢ بند ٧٣٢ ص٩٦٩ - د/سليمان مرقس، الوافى، مرجع سابق، ص٦٢٤.

٢٤٣) ثالثًا: علاقة المشترط بالمنتفع:

إن هذه العلاقة تختلف من عقد إلى آخر بحسب طبيعة هذا العقد وتكييفه، فقد يقصد المشترط من التعاقد لمصلحة الغير (المنتفع) التبرع له، فهنا يجب أن تتوافر الشروط اللازمة للتبرع، وبصفة خاصة أن تتوافر أهلية المتبرع لدى المشترط، ولكن يشترط فى هذه الحالة توافر الشكلية المطلوبة فى عقد التبرع لأن هذا الاشتراط هنا وإن تمخض عن هبة إلا أنها هبة غير مباشرة.

وإذا كان يقصد المشترط من الاشتراط الوفاء بدين عليه للمنتفع فإنه يلزم أن تنطبق القواعد الخاصة بالوفاء، ولا تبرأ ذمة المشترط إلا إذا استوفى المنتفع كل ديونه من المتعهد.

وأيا كانت طبيعة العلاقة بين المشترط والمنتفع سواء كانت تبرعًا أو معاوضة فإن المشترط يستطيع أن ينقض الاشتراط دون دائنيه أو ورثته لأنه حق شخصى للمشترط طالما لم يعلن المنتفع رغبته فى الاستفادة من الاشتراط وفى هذا نصت المادة ١٥٤ مدنى بقولها: «يجوز للمشترط دون دائنيه أو ورثته أن ينقض المشارطة قبل أن يعلن المنتفع إلى المتعهد أو المشترط رغبته فى الاستفادة منها، ما لم يكن ذلك مخالفًا لمقتضى العقد».

- ويترتب على هذا النقض زوال حق المنتفع بأثر رجعى، ولكن لا يترتب على نقض الاشتراط أن تبرأ ذمة المتعهد مما التزم به، إلا إذا اتفق على غير ذلك، لأنه غالبًا ما يكون النقض لإحلال منتفع آخر محل المنتفع الأول(١). وعبرت عن ذلك المادة ٢/١٥٥ مدنى بقولها: «ولا يترتب على نقض المشارطة أن تبرأ ذمة المتعهد قبل المشترط إلا إذا اتفق صراحة أو ضمنًا على خلاف ذلك، وللمشترط إحلال منتفع آخر محل المنتفع الأول، كما له أن يستأثر لنفسه بالانتفاع بالمشارطة».

---

(١) د/عبدالودود يحيى، مرجع سابق، ص ١٤٠.

هذا ويجوز أن يقيد فى المشارطة حق المشترط في نقضها بضرورة موافقة المتعهد على النقض، ويجوز أن يكون هذا التقييد ضمنياً متى كانت للمتعهد مصلحة، ولو أدبية فى تنفيذ تعهده لصالح المنتفع المعين فى الاشتراط دون غيره[١] .

ولكن يحق للمنتفع أن يرفض ما اشترط لصالحه، وفى هذه الحالة ينصرف الحق إلى المشترط، فيجوز أن يستبقيه لنفسه، ويجوز أن يعين منتفعاً آخر محل المنتفع الأول، وفي هذه الحالة يثبت الحق للمنتفع الثانى من وقت العقد، لا من وقت تعيينه[٢] .

- وحق المنتفع فى إقرار المشارطة ليس حقاً شخصياً له، وإنما يجوز لدائنية أن يستعملوه نيابة عنه، ويجوز ذلك لورثته بعد وفاته ما لم يتبين أن المشترط يقصد قصر هذا الحق على المنتفع شخصياً دون ورثته[٣] .

---

(١) بلانيول وريبير وأسمان، جـ٦ ص ٣٥٨ - د/عبد الحى حجازى، مرجع سابق، ص ٩٨١ بند ٧٣٨.

(٢) د/عبدالودود يحيى ص١٤١ .

(٣) بلانيول وريبير وأسمان جـ٦ بند ٣٦٠ - د/سليمان مرقس ص ٦٢٧ بند ٣٢٨.

الفصل الرابع
جزاء الإخلال بتنفيذ العقد

٢٩٤) سنوضح في هذا الفصل بيان مفهوم المسئولية العقدية. ثم نوضح الدفع بعد التنفيذ وأخيرًا نتحدث عن فسخ العقد وذلك في مباحث على الوجه الآتي:

المبحث الأول
المسئولية العقدية

٢٩٥) سنوضح هنا بيان حقيقة المسئولية العقدية، وشروط تحقيقها وأركانها وذلك في مطالب على الوجه الآتي

المطلب الأول
حقيقة المسئولية العقدية

٢٩٦) سنتناول في بيان ماهية المسئولية بوجه عام من الناحية القانونية، ثم نتحدث عن نطاق المسئولية العقدية والفرق بينهما وبين المسئولية التقصيرية، ثم معنى المسئولية العقدية ونستخلص منه تعريفًا لها وذلك على الوجه الآتي:

٢٩٧) ماهية المسئولية:

المسئولية بوجه عام:

تثير فكرة المسئولية فكرة الخطأ وفكرة الجزاء، فالمسئولية تفترض وقوع خطأ، وتتمثل في مجازاة مرتكبه(١).

فمعنى المسئولية أن ثمة فعل ضار يوجب مؤاخذة فاعله، والخطأ قد يكون أدبياً أو قانونية... ولذا تكون المسئولية أدبية أو قانونية.

---

(١) مستشار/ عزالدين الدناصوري، ود/عبدالحميد الشواربي، المسئولية في ضوء الفقه والنظام ص٦ القاهرة الحديثة للطباعة.

٢٦٨) المسئولية الأدبية:

إن الخطأ موضع المؤاخذة فى المسئولية الأدبية خطأ أدبى، أى إخلال بواجب أدبى، سواء كان ذلك الإخلال القيام بعمل منافع للأخلاق أو الامتناع عن عمل كان من الواجب القيام به.

والجزاء المترتب على هذا الخطأ هو بدوره جزاء أدبى يتمثل فى تأنيب الضمير أو استهجان المجتمع لمثل هذا الفعل أو الامتناع عن الفعل، أو جزاء دينى يتمثل في العقاب الإلهى فى الآخرة وقد يعجل له العقاب الإلهى في الدنيا(١) .

وتتميز هذه المسئولية بأنها تتحق دون توقف على إلحاق الضرر الأدبى ضرراً بأحد، بل إن هواجس النفس وخلجات الضمير قد تحقق المسئولية الأدبية، ويؤدى ذلك إلى اتساع نطاقها، خاصة وأنها تتناول علاقة الإنسان بخالقه وسلوكه نحو نفسه ونحو غيره، لذلك يتعين استبعادها من نطاق المسئولية القانونية(٢) .

٢٦٩) المسئولية القانونية:

إن الخطأ الذى يكون محلاً للمسائلة هو الخطأ القانونى والذى يتمثل فى الإخلال بإلتزام قانوني.

ويتعرض مرتكب الخطأ لجزاء قانونى، قد يكون عقوبة إذا كان هذا الإخلال يمس مصلحة المجتمع، وهذا ما يسمى بالمسئولية الجنائية، وقد يكون مجرد تعويض يلزم به المسئول إذا اقتصر أثر هذا الإخلال على المساس بمصلحة فردية، وهذا ما يسمى بالمسئولية المدنية وهذه الأخيرة

---

(١) مستشار/ عزالدين الدناصورى، د/عبدالحميد الشواربى، المسئولية فى ضوء الفقه والنظام – ص٦، القاهرة.

انظر حسن عكرش – المسئولية العقدية والتقصيرية فى القانون المدنى الجديد ـ ص١٠، دار الفكر الحديث.

(٢) انظر الدناصورى والشواربى ـ المسئولية فى ضوء الفقه والنظام ص ٦ ـ ٧.

في محل موضوعنا بوجه عام، وقد تتحق المسئوليتان معاً إذا ترتب على الإخلال بالالتزام القانوني مساس بمصلحة المجتمع والمصلحة الفردية معاً، كما هو الحال في جرائم القتل والضرب والسرقة والقذف ونحوها(١).

٢٧٠) ب - نطاق المسئولية العقدية:

المسئولية العقدية تقابل المسئولية التقصيرية.

فالمسئولية العقدية هي جزاء العقد، والمسئولية التقصيرية هي جزاء العمل غير المشروع(٢).

٢٧١) جـ - الفرق بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية:

هنا فروق جوهرية بين المسئوليتين وهي:

١) أن الالتزام الذي يقع الإخلال به في المسئولية العقدية التزام عقدي نظمته إرادة الدائن والمدين، أما الإلتزام الذي يقع الإخلال به في المسئولية التقصيرية فهو التزام قانوني نظمه القانون.

٢) ومن ثم فإن التعويض في المسئولية التقصيرة يدفع عن كل الضرر المباشر سواء توقعه الطرفان أو لم يتوقعاه؛ لأنه لم تدخل إرادة الطرفين للإفلات من التعويض عن الضرر غير المتوقع، وبهذا يقوم التضامن في حالة اشتراك أكثر من شخص في إيقاع الضرر وبعكس المسئولية العقدية فلا يتم التعويض إلا عن الضرر المباشر المتوقع وفي كلتا المسئوليتين لا يتم التعويض عن الضرر غير المباشر.

٣) وفي الإثبات، عبء الإثبات في المسئولية العقدية يقع على المدين إذا كان الالتزام إيجابياً، فيقيم الدليل على أنه قام بالعمل المطلوب أو يثبت السبب الأجنبي(٣)، وفي المسئولية التقصيرية الذي يتحمل عبء الإثبات

(١) الدناصوري ود/الشواربي - المسئولية في ضوء الفقه والنظام ص٧.

(٢) عبدالرزاق أحمد السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني جـ١ ص٧٣٢ دار النهضة العربية.

(٣) يقصد بالسبب الأجنبي: أنه كل أمر لا يرجع إلى فعل المدين ويؤدي إلى الضرر الذي وقع (كقوة قاهرة)=

دائماً هو المضرور فى جميع الأحوال، وذلك لأن الالتزام سلبى دائماً(١) .

ـ وذهب فريق آخر فى الفقه القانونى إلى القول بوحدة المسئوليتين وحجتهم:

أن كلاً من المسئوليتين كان جزاء الالتزام فيهما سابق، فالمسئولية العقدية جزاء لالتزام عقدى لم يقم به الملتزم، والمسئولية التقصيرية جزاء لالتزام قانونى أخل به المسئول بأن ألحق ضرراً بالغير، فالمسئوليتين تتحدان فى السبب والنتيجة، وبهذا تكون طبيعتهما واحدة، ومن ثم فلا داعى للتفرقة بينهما وردوا على الفروق التى أوردها أنصار إزدواج المسئولية بأنها فروق ظاهرية يمكن هدمها(٢) .

٢٧٢) معنى المسئولية:

أن المسئولية تنشأ عن إخلال بالتزام سابق فهى تجتمع على خطأ، وضرر، وعلاقة سببية بين الخطأ والضرر وسنوضح تلك الأركان فيما بعد(٣).

وقد يختلف نوعها بعد ذلك بإختلاف مصدر هذا الالتزام السابق، فإذا كان مصدره (الإرادة) فهى مسئولية عقدية، وهى التى تنشأ عن الإخلال بما التزم به المتعاقد، وإذا كان مصدره القانون فهى مسئولية غير عقدية أى: مسئولية تقصيرية.

ومحل المسئولية على اختلاف أنواعها هو إصلاح الضرر الواقع من جراء عدم تنفيذ الالتزام بما يقابله فى حدود الإمكان.

= سبباً أجنبياً كل من القوة القاهرة أو الحادث الفجائى، وخطأ المدين، خطأ الغير.
انظر د/ أنور، الموجز فى مصادر الالتزام ص٣٥٥.

(١) د/ محمد سعيد سرحان ـ المسئولية العقدية فى الفقه الإسلامى والقانون المعاصر ص١٣ ـ طعام ١٤٠٩هـ.

(٢) د/سليمان مرقس ـ المسئولية المدنية فى تقنينات البلاد العربية ص١٤ ـ مطبعة معهد البحوث والدرا ١٩٧١م.

(٣) انظر بند ٢٨٢ وما بعده.

فالمعنى الدقيق للمسئولية هو عبارة عن الحكم على من أخل بالتزام ما التزام به قبل الغير أن يعوض الضرر الناجم عن الإخلال بهذا الالتزام(١) .

ويتضح لنا من جميع ما سبق أن تعريف «المسئولية العقدية» هي: التي تنشأ عن الإخلال بما التزم به المتعاقد(٢)، أو هي جزاء الإخلال بالتزام ناشيء عن عقد(٣) .

وهذه المسئولية لا تثار إلا عند عدم إمكان التنفيذ العينى، أو عند عدم عرض المدين الوفاء عيناً إذا طالب الدائن بالتعويض(٤) .

٢٧٣) تعريف الضمان ومشروعيته في الفقه الإسلامي:

يقابل مصطلح الضمان في الفقه الإسلامى مصطلح المسئولية في القانون ولذا سنعرف الضمان وذلك على الوجه الآتى:

٢٧٤) أ- الضمان لغة:

الضمان لغة: يراد به الكفالة والالتزام، وتطلق ويقصد به الغرامة، وترد لغير ذلك من المعانى.

جاء في المصباح المنير:

مثل هذا أيضاً قال: ضمنت المال وبه ضماناً فأنا ضامن وضمين التزمته، ويتعدى بالتضعيف فيقال: ضمنته المال ألزمته إياه(٥) .

---

(١) م/ الدناصورى ود/ الشواربى - المسئولية المدنية فى ضوء الفقه والقضاء ص١٠.

(٢) م/ الدناصورى ود/ الشواربى - المسئولية المدنية - ص١٠.

السنهورى - الوسيط جـ١ ص ٧٣٢، انظر عبدالحميد الشواربى - الموسوعة المدنية والتجارية والإجرائية - جـ٢ ص٢٧٠ - منشأة المعارف بالأسكندرية.

(٣) سليمان مرقس - مسئولية الراعى المفترضة عن فعل الرعى - ص٢٠ معهد البحوث والدراسات العربية.

(٤) عبدالحميد الشواربى - الموسوعة المدنية جـ٢ ص٢٧٠.

(٥) أحمد بن الفيومى - المصباح المنير - ص٣٦٤ - مادة «ضمنت» دار المعارف .

٢٧٥) ب- تعريف الضمان فى اصطلاح الفقهاء:

يستعمل أكثر الفقهاء كلمتي الضمان والكفالة على أنهما لفظان مترادفان يراد بهما - ما يعم ضمان المال وضمان النفس - وذلك عند التزامهما بعقد الكفالة، أو الضمان(١) ، كما أنه يقال: ضمين، وكفيل، وقبيل، وحميل، وزعيم، وصبير، بمعنى واحد. ولابد فى الضمان من ضامن ومضمون عنه ومضمون له(٢) .

وقد عرف الضمان بعدة تعريفات من أهمها تعريف الحنفية بأنها ضم ذمة إلى ذمة فى الدين(٣) .

تعريف المالكية:

شغل ذمة أخرى بالحق مع إبقائه شاغلاً للذمة الأولى(٤) .

وعرفها الشافعية بأنها:

التزام حق فى ذمة الغير، أو إحضار من هو عليه، أو عين مضمونه(٥).

أما الحنابلة فقد عرفوا الضمان بأنه:

ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه فى التزام الحق، فيثبت فى ذمتهما جميعاً، ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما(٦) .

وقد عرف الضمان الأستاذ مصطفى الزرقاء بقوله:

هو التزام بتعويض مالى عن ضرر الغير(٧) .

---

(١) انظر: د/ على الخفيف - الضمان فى الفقه الإسلامى ص٥ - مطبعة الجيلاوى.

(٢) أبى محمد بن عبدالله بن قدامة المقدسى - المغنى - جـ٧ ص ٧٢ - هجر للطباعة والنشر.

(٣) المبسوط للسرخسى جـ٢١ ص ١٧٦.

(٤) الدردير - الشرح الكبير - جـ٣ - ص٣٢٩ مطبعة البابى الحلبى.

(٥) محمد الشربينى الخطيب - مغنى المحتاج - جـ٢ ص١٩٨ - مطبعة البابى الحلبى ١٣٧٧هـ - ١٩٥٨م.

(٦) ابن قدامة - المغنى جـ٧ - ص٧١.

(٧) مصطفى الزرقاء - المدخل الفقهى العام جـ٢ ص ١٠٢٦ - فقرة ٦٤٨ - دار الفكر.

ويمكننا الآن بعد تعريفات الفقهاء السابقة أن نعرفه بما يتلاءم مع عموم نظريته الشاملة للمسئوليتين المدنية والجنائية بما يأتي:

«الالتزام بتعويض الغير عما لحقه من تلف المال أو ضياع المنافع، أو الضرر الجزئي، أو الكلي الحادث بالنفس الإنسانية»(١) .

٢٧٩) جـ - أما مشروعية الضمان:

فقد دل عليه الكتاب والسنة والإجماع.

فمن الكتاب:

قوله تعالى: ﴿وَلِمَن جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ...﴾(٢) .

قال ابن عباس رضي الله عنهما: الزعيم الكفيل، وهو بمعنى الضامن(٣) .

ومن السنة:

حديث سلمة بن الأكوع رضي الله عنه: أن النبي صلى الله عليه وسلم أتى برجل ليصلي عليه فقال له هل عليه دين؟ فقالوا: نعم، ديناران، فقال: هل ترك وفاءً؟ فقالوا: لا، فتأخر، فقيل: لم لا تصلي عليه؟ فقال: ما تنفعه صلاتي وذمته مرهونة؟ ألا قام أحدكم فضمنه «فقام أبو قتادة رضي الله عنه فقال: هما علي يا رسول الله، فصلى النبي صلى الله عليه وسلم(٤) .

وأجمع المسلمون على جواز الضمان في الجملة(٥) .

---

(١) وهبة الزحيلي - نظرية الضمان ص١٦.

(٢) سورة يوسف آية «٧٢».

(٣) ابن قدامة - المغني جـ٧ ص ٧١.

(٤) رواه البخاري في صحيحه جـ٣ ص ١٢٤، باب إن أحال دين الميت على رجل جاز.

(٥) ابن قدامة - المغني جـ٧ ص٧٢.

المطلب الثانى
شروط تحقق المسئولية العقدية

٢٧٧) لكي تتحق المسئولية العقدية لابد من توافر شرطان:

أولاً: أن يوجد عقد صحيح يربط بين المسئول والمضرور [الدائن والمدين]

ثانياً: أن يقع من الطرف المسئول إخلال بأحد إلتزاماته الناشئة عن هذ العقد يرتب ضرراً للطرف الآخر المضرور(١)

٢٧٨) الشرط الأول: وجود عقد صحيح يربط بين طرفين هما الدائن والمدين:

من البديهى أنه حيث لا يوجد عقد أصلاً، فلا تقوم المسئولية العقدية حتى ولو وجدت شبهة العقد والعقد هو:

«اتفاق إرادتين على ترتيب أثر قانونى بإنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو زواله»(٢) غير أنه قد تثور صعوبة فى بعض الأحوال تجاه التحقق من وجود عقد أو عدم وجوده في الحالات التالية:

٢٧٩) أ- العلاقات المجانية:

يثور البحث حول وجود العقد إذا كانت العلاقة مجانية خاصة في النقل المجانى فمن يقوم بالنقل على سبيل المجاملة لقريبه أو صديقه بعربته بالمجان فإذا ارتكب الناقل خطأ أثناء النقل نشأ عنه ضرر للراكب، فلا يخضع للمسئولية العقدية، فحيث يكون النقل بغير أجر لا يكون هناك عقد غير أن هذه القاعدة ليست مطلقة، فالتبرع قد يكون عقداً ملزماً، كما أن

---

(١) م/ الناصورى ود/ الشواربى - المسئولية المدنية ص ١٤، وانظر السنهورى - الوسيط جـ١ ص٨٥٢.

(٢) الشواربى - الموسوعة المدنية جـ١ ص ٢٧١.

المقابل قد يكون شيء آخر غير الأجر النقدي، فيكون العقد معاوضه(١).

ب) المسئولية في الفترة السابقة على انعقاد العقد والفترة التالية لإنقضائه:

ففي الفترة السابقة على تكوين العقد لا تقوم المسئولية التعاقدية إنما تكون مسئولية تقصيرية، إذ من المقرر كمبدأ عام أنه لا يترتب أي أثر قانوني على ما يجري بين طرفي التعاقد في مرحلة المفاوضات تمهيداً لإبرام العقد، حيث أنه يجوز لكل من المتعاقدين أن يعدل عن إتمام العقد دون أن يكون مسئولاً عن عدوله(٢).

غير أنه تنشأ المسئولية في حالة ما إذا كان عدم إتمام العقد راجعاً إلى سلوك أحد المتعاقدين مما كان سبباً في حدوث ضرر على المتعاقد الآخر الذي اقتنع بجدية المفاوضات وتحمل في سبيل إتمام العقد مجهودات سواء كانت مالية أو وقتية

وقد يتحقق الضرر في الكسب الذي فاته، بإنشغاله بمفاوضات اعتقد جديتها وترتب على ذلك أن ضاعت منه فرص أخري كان يمكن اغتنامها في عقد صفقة أخري وطالما أنه لم ينعقد العقد فلا تقوم المسئولية العقدية وإنما يكون أساس المسئولية في هذه الحالة المسئولية التقصيرية(٣)

ويجب كذلك توافق إرادتي العاقدين لقيام المسئولية العقدية فإذا لم يتم التوافق، فإن فترة المفاوضات تخرج عن نطاق المسئولية العقدية، وكذلك الحال في المسئولية عند رفض التعاقد من أحد المتعاقدين إذا كان الرفض

---

(١) انظر د/ الشواربي، مرجع سابق جـ١ ص ٣٧١، وانظر السنهوري - الوسيط جـ١ ص ٨٥٥ - ٨٥٦.

(٢) انظر السنهوري - الوسيط جـ١ ص ٨٥٦.

(٣) عبدالحميد الشواربي - الموسوعة المدنية جـ١ ص ٣٧٢. انظر م/ الدناصوري ود/ الشواربي - المسئولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء ص ١٤. انظر السنهوري - الوسيط جـ١ ص ٨٥٤.

مشوبًا بالتعسف في استعمال الحق فالمسئولية عندئذ مسئولية تقصيرية، إذ لا مجال للمسئولية العقدية، طالما أن عقدًا لم ينعقد(١) .

- وكذا في المدة التالية لانقضاء العقد إذ أن هناك حالات ينشئ العقد فيها التزامات تستمر حتى بعد انقضاء مدته مثال ذلك:

في عقد العمل إذا اتفق رب العمل والعامل فيه علي أنه لا يجوز للعامل بعد انتهاء العقد أن ينافس رب العمل ولا أن يشترك في أي مشروع يقوم بمنافسته.

فالمسئولية هنا تكون مسئولية عقدية؛ لأن الالتزام الذى أخل به العامل التزام نشأ عن عقد العمل، فهذا الإلتزام تعاقدي، ولا يؤثر في ذلك أن عقد العمل ذاته انقضي، فإن الطرفين قد انصرفت ارادتهما إلى التزام العامل بهذا الإلتزام بعد انتهاء العقد(٢) .

فالمسئولية العقدية لا تتحقق إلا فيما بين الدائن والمدين اللذين يربطهما العقد(٣) .

أما الشرط الثاني: أن يقع من الطرف المسئول إخلال بأحد التزاماته الناشئة عن هذا العقد يرتب ضررًا للطرف الآخر المضرور:

فهو بمعني: أن يكون الضرر الذى أصاب الدائن قد وقع بسبب عدم تنفيذ العقد، فإذا كان الضرر قد حدث من عمل لا يعتبر عدم تنفيذ العقد،

---

(١) عبدالحميد الشواربى، المسوعة المدنية جـ١ ص ٣٧٢.

(٢) عبدالحميد الشواربى ـ الموسوعة المدنية جـ١ ص ٣٧٢.

انظر م/ الدناصورى ود/ الشواربي ـ المسئولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء ص١٤.

(٣) السنهورى ـ الوسيط جـ١ ص ٨٥٥.

فإن المسئولية العقدية لا تتحقق، وإنما تتحقق المسئولية التقصيرية ومثال ذلك:

الهبة، فإن الواهب لا يضمن خلو الشيء الموهوب من العيب، إلا إذا تعمد إخفاء العيب أو ضمنه، فإن كان الشيء الموهوب معيباً، ولم يتعمد الواهب اخفائه، لم يضمن وبالتالى فلو تسبب عن العيب ضرر للموهوب له، فإن مسئولية الواهب هنا تكون مسئولية تقصيرية، ويكون على الموهوب له أن يثبت خطأ فى جانب الواهب.

أما إذا وقع الضرر بسبب عدم تنفيذ العقد، فإن المسئولية العقدية تتحقق كما إذا امتنع البائع عن تسليم المبيع إلى المشترى بالرغم من اعذاره، وهلك المبيع فى يد البائع(١).

---

(١) انظر ـ د/ السنهورى ـ الوسيط جـ١ ص ٨٥٦، وانظر أيضاً د/ محمد سعيد محمد سرحان ـ المسئولية العقدية ص٤.

المطلب الثالث
أركان المسئولية العقدية

٢٨٢) أن القاضى يحكم على المدين بالتعويض إذا توافرت أركان المسئولية العقدية وهى:

١) الخطأ العقدى.

٢) الضرر.

٣) علاقة السببية.

وسنوضح كل ركن من تلك الأركان بالتفصيل على الوجه الآتى:

الفرع الأول
الخطأ العقدي(١)

٢٨٣) تعريف الخطأ العقدى:

يمكن القول أن تعريف الخطأ العقدي هو: «عدم تنفيذ المدين، أو تأخر فى التنفيذ، لالتزامه الناشىء عن العقد»(٢) . ويمكن أن يستفاد هذا المعني من نص المادة ٢١٥ مدنى حيث نصت على أنه: «إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبى لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين فى تنفيذ التزامه».

فإذا لم يقم المدين، بتنفيذ التزامه، أو تأخر فى تنفيذ التزامه، كان هو الخطأ العقدي، ويتحقق الخطأ بهذا المعنى، أياً كان السبب فى عدم تنفيذ

---

(١) انظر د/ السنهورى ـ الوسيط جـ١ ص ٧٣٥ وما بعدها ـ د/ إسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزامات ص ٣٨ وما بعدها ـ مطبعة النصر بمصر، د/عبدالودود يحيى ص١٥٢ بند ١٢٨، د/ محمد لبيب شنب ص ٢٨٤، بند ٢٣٩ ـ د/ سليمان مرقس، الوافى مرجع سابق ص ٥٤٠، ٢٨٠/٣، عاطف النقيب ـ مرجع سابق ١١٨.

(٢) د/ السنهورى ـ الوسيط ٧٧٥/١.

الالتزام أو التأخر في التنفيذ، سواء رجع إلى غش المدين، أو سوء نيته، أو حتي إلي إهماله، أو حتي إلى سبب أجبى، ولكن يلاحظ أنه فى حالة السبب الأجبى تكون علاقة السبب بين الخطأ والضرر قد انتفت، وانتفائها؛ يعنى انتفاء ركن من أركان المسئولية العقدية، فتنعدم المسئولية(١) .

- ولكن متى يعتبر المدين، غير قائم بتنفيذ التزامه؟ لمعرفة ذلك، يجب التفرقة بين نوعين من الالتزامات، هما: الالتزام بتحقيق نتيجة، والالتزام ببذل عناية، وهذا ما سنعترضه عند الحديث عن معيار الخطأ(٢) .

٢٨٤) تعريف الخطأ العقدي فى الفقه الإسلامى:

يتحدث فقهاء الشريعة عن الخطأ، ويقصدون به ما يقابل العمد، وذلك فى مواضع الجنايات ونحوها(٣) .

وهذا غير ما نراه من الخطأ المقتضى للضمان والمسئولية العقدية، والذى هو ركن من أركان المسئولية العقدية، وهو ما يعبرّ عنه الفقهاء بالتعدى، وقد ذكروا له تعريفات: منها قولهم أنه: «مجاوزة ما ينبغي أن يقتصر عليه شرعًا، أو عرفًا، أو عادة»(٤) .

وقد رجّح بعض الفقها إطلاق لفظ التعدى على الإخلال بالعقد، وذكروا لذلك أسبابًا منها(٥) :

---

(١) د/ عبدالمجيد الحكيم - شرح القانون المدنى العراقى (٤٠٢/١) ط٤ بغداد.

(٢) انظر بند ٢٩٤.

(٣) الكاسانى بدائع الصنائع - ٢٣٣/٧.

(٤) د/ محمد فوزى فيض الله - نظرية الضمان فى الفقه الإسلامي (ص ٩٢) ط٢، ١٩٨٦م، دار التراث الكويت.

(٥) المرجع نفسه ص ٩٣.

أ) أن التـعدى يوحى بأن الالتـزام رابطة مـادية مـاليـة، وأمـا الخطأ فيوحى بأنه رابطة شخصية.

ب) أن التعبير بالتعدى، يشمل الخطأ والعمد، ويشمل التقصير والإهمال، ونحوهما، أما التعبير بالخطأ، فمجرد النطق به يوهم أن ذلك هو مقابلة العمد، ولا يشمل العمد إلا باصطلاح خاص.

وهذا الكلام يشـعـر أن لفظ التـعـدي هو اللفظ الذى يؤدى المعنى المقصود، ولكن بالتأمل فيه نجد أنه ليس كذلك، إذ كل ما فيه، هو أن لفظ التعدى يقابل الركن المادى في الخطأ العقدى.

ولكن بعض الفقهاء المحدثين عمموا الخطأ على الإخلال بالالتزامات أيضاً، وذكروا تعريفاً للخطأ وهو: «استعمال الإنسان حقه على وجه ليس فيه احتياط واحتراس فأضر بالغير»(١) .

وهذا هو ما ينطبق على الخطأ العقدى، وإن كان قد تجاوز مجرد التعريف إلى الحديث عن الثمرة، وهذا خلل في التعريف.

وذكر الفقه الحديث تعريفاً اضبط وأشمل للخطأ العقدي، فقالوا: هو «عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه الواجب عليه بالعقد»(٢) .

٢٨٥) ثانيًا: عناصر الخطأ فى المسئولية العقدية:

أن القانون المدنى يقيم المسئولية على عنصرين هما:

العنصر المادي، والعنصر المعنوى، ونوضح كل واحد منها على الوجه الآتى:

---

(١) د/ وهبه الزحيلى الإسلامى وأدلته ٤/٢٧.

(٢) د/ عبدالرزاق السنهورى ـ مصادر الحق ـ ٦/١٢٨ ـ دار إحياء التراث العربى.

٢٨٦) أولاً: العنصر المادى:

العنصر المادى أو العمل غير المشروع وقد يسمى بالعنصر الموضوعي، هو ما يطلق عليه الانحراف في السلوك، أو الإخلال بواجب قانوني سابق(١) .

ونظراً لمرونة هذا العنصر فإن الفقهاء قد اتجهوا إليه ووسعوه، فجعلوه يشمل أحوالاً من الخطأ ما كان يشملها من قبل ذلك(٢) .

وإذا كان الخطأ عبارة عن: انحراف فى السلوك، فهو حينئذ تعدٍ يقع من الشخص فى تصرفه وذلك بشرط أن يكون قد تعمد الإضرار بالغير، وهذا ما يسمى بالجريمة المدنية، أما إذا لم يكن متعمداً الإضرار بالغير وإنما حدث الخطأ نتيجة لتقصيره أو إهماله، فهذا يسمى بشبه الجريمة المدنية(٣).

ـ والعنصر المادى، يمكن النظر إليه من جانبين:

الأول: جانب إيجابي، والثانى: جانب سلبى، فمن الناحية الإيجابية، يكون الشخص قد أخطأ إذا قام بأمور لا تدخل فى مقتضى العقد فأدت إلى إضرار الدائن، كما لو استأجر شخصاً ليوصله بسيارته إلى مكان معين، فتجاوز هذا المكان، وذهب به بعيداً، ومن الناحية السلبية، يكون المدين قد أخطأ، إذا لم يقم بتنفيذ جميع الالتزامات الواجبة عليه بمقتضى العقد(٤) .

وبهذا يتبين لنا أن الركن المادى للخطأ يمكن أن يكون خطأ إيجابياً، كما يمكن أن يكون خطأ سلبياً.

ـ ولكن متى يكون المدين متعدياً؟ وما مقياس التعدى؟ هذا ما سنتناوله عندما نتحدث عن معيار الخطأ(٥) .

---

(١) د/ محمد إبراهيم دسوقى ـ تقدير التعويض بين الخطأ والضرر ـ ٣٣٩.

(٢) د/ جبار صابر طه ـ إقامة المسئولية أو الضرر ٥٩.

(٣) د/ السنهورى ـ الوسيط (٨٨٢/١).

(٤) د/ عبدالمجيد الحكيم ـ مرجع سابق ٤٩١/١.

(٥) انظر بند ٢٩٤.

٢٨٣) العنصر المعنوي:

الإدراك، أو التمييز هو: العنصر المعنويّ للخطأ العقدي، حيث لا يكفي ركن التعدي لتحقيق الخطأ، بل لابد أن يكون من وقع منه التعدي مدركًا ومميزًا لهذا التعدي، إذ القاعدة تقول: إنه لا مسئولية بلا تمييز، وهذه مسألة كاد الإجماع ينعقد عليها(١) .

إلا أنه قد ذهب بعض الشرّاح إلى إمكان قيام المسئولية حتى مع انعدام التمييز وتعليلهم لذلك هو: أن غير المميز وإن كان غير قادر على الإدراك إلا أنه قادر على إحداث الضرر، والمسئولية عندهم تقوم على الضرر فقط(٢) .

ولكن هذا الرأى لا يسلّم له، إذ أن المسئولية لا تقوم على الضرر وحده، بل لابد من توافر ركن الخطأ، وعلاقة السببية، إضافة إلى الضرر، ومع ذلك فإن وقع الضرر من شخص غير مميز، ولم يكن لهذا المميز شخص مسئول عنه، كولي، أو وصى، جاز للقاضى أن يحكم عليه ما دام أنه قد أحدث الضرر وفق تعويض عادل(٣) .

ومعيار الإدراك يتحدد بصفات الشخص المعتاد الذى هو من أوسط الناس، ويكون متجردًا من الظروف الذاتية لُمحدث الضرر، ويوجد في نفس الظروف الخارجية التى وجد فيها المسئول، وبدَهي أن أوسطَ الناس هو الرجل المدرك لما يفعل، أما الصبى غير المميز، أو المجنون فلا يعد شخصًا معتادًا، فالإدراك كشرط لقيام الخطأ العقدى، يعتبر عنصرًا ملتصقًا بشخص المدين، ويمكن تسميته بالعنصر الشخصي(٤) .

---

(١) د/ السنهوري - مرجع سابق ٩٠٣/١.

(٢) د/ عاطف النقيب - سابق ١٤٥.

(٣) د/ عبدالرزاق السنهوري مرجع سابق ٩٠٣/١.

(٤) د/ محمد إبراهيم دسوقى مرجع سابق ٢٤٢ - ٢٤٣.

٢٨٨) عناصر الخطأ في الفقه الإسلامي:

من الأمور المقررة في الفقه الإسلامي أنه يجعل العقد كأساس المسئولية في المعاوضات المالية، فمتي وقع الضرر وجب التعويض عنه، سواء كان هذا الضرر قد وقع من مدرك له، أم غير مدرك، بمعني أنه سواء وقع بقصد أو بدون قصد، فهو ينظر إلى الخطأ كواقعة مادية محضة، تترتب عليها المسئولية كلما حدثت، بغض النظر عن عنصر الإدراك، وبغض النظر حتي عن شخص الفاعل(١).

وبهذ يتضح لنا أن الفقه الإسلامي لا يعترف للخطأ إلا بعنصر واحد هو العنصر المادي، وقد رأينا أن الفقهاء يعرّفون الخطأ بالتعدى ويقتصرون عليه، وهذا يؤكد اتجاه الفقه إلى إهمال العنصر المعنوي، أو عنصر الإدراك، وأكبر دليل على هذا حديث الرسول صلى الله وسلم « لا ضرر ولا ضرار»(٢)، حيث أبان أن الضرر ممنوع في كل حالاته، وكذلك الضرر المقابل، وإضافة إلي ذلك وجوب إزالة الضرر إما عيناً، أو بالتعويض عنه.

٢٨٩) ثالثاً: أنواع الخطأ العقدي:

يقسم الفقه القانوني، الخطأ العقدى إلى خطأ عمد، وخطأ غير عمد، ونتناولهما، علي النحو التالي:

أ) خطأ العمد:

عرف الفقه القانوني الخطأ العمد بأنه: «الإخلال بواجب قانوني، مقترن بقصد الإضرار بالغير»(٣).

فالقصد هو الذي يحدد نوع الخطأ، فلو اقترن الخطأ بالعقد كان ذلك عمداً وإن انفصل القصد كان غير عمد.

---

(١) د/ وهبة الزحيلي - نظرية الضمان في الفقه الإسلامي - ١٨/ ط ١٩٨٢م دار الفكر - سوريا.

(٢) الحديث عن أبي سعيد الخدري، قال عنه الشوكاني حديث مشهور رواه ابن ماجة وغيره - نيل الأوطار ٥/٢٦.

(١) د/ حسين عامر مرجع سابق ١٧٧.

وخطأ العمد، لابد فيه من فعل ضار، أو امتناع عن واجب، وهذا يقابل انقسام التعدى في الفقه إلى سلبي وإيجابي، أي: فعلُ، وترك، ويرى القانون أنه لابد من اتجاه الإرادة إلى إحداث الضرر، ولا يكفى اتجاههما لإحداث الفعل في ذاته إذا لم يكن القصد إحداث نتائج ضارة، وفى هذه الحالة لا يشترط أن يكون هذا الاتجاه غرضاً رئيسياً، فيكفى أن يكون من بين الأغراض الدافعة إلى ارتكابه(١) .

ويذهب بعض الفقهاء إلى القول بأنه يكفي توافر قصد الإضرار واعتبار الفعل عمدياً أن يظن المدين أنه بفعله هذا يمكن أن يرتب ضرراً على الدائن، حتى ولو لم تكن لديه الرغبة فى إحداث الضرر، أو لم تكن قد اتجهت إليه إرادته(٢) .

والمعيار فى قياس خطأ العمد، هو المعيار الشخصي، أو يقال إن تقدير الخطأ فى هذه الحالة، يكون تقديراً شخصياً أو واقعياً لا تقديراً موضوعياً مجرداً، وإن كان هناك رأي آخر يقول: أن الخطأ العمدى يجب أن يقاس بالمقياس الموضوعى كما يقاس خطأ الإهمال(٣) .

والصواب هو أن الخطأ العمدى يقاس بكلا المقياسين، الشخصى والموضوعى كما رجّح ذلك بعض الفقهاء(٤) .

٢٩١) ب- الخطأ غير العمد:

الخطأ غير العمد هو: إخلال المدين لالتزامه الواجب عليه بمقتضى العقد من غير أن يتجه فيه قصده إلى إحداث الضرر بالدائن(٥) .

فالمدين هنا حسن النية، لم يقصد الإضرار بالدائن، وقد تصرف فى ضوء ما يعتقد أنه غير ضار بالدائن.

---

(١) د/ سليمان مرقس ـ محاضرات فى المسئولية المدنية ٨٠.

(٢) د/ حسين عامر نفس المرجع ونفس الصفحة.

(٣) د/ السنهورى مرجع سابق ١/٧٨٥.

(٤) د/ سليمان مرقس مرجع سابق ٨٠.

(٥) د/ حسين عمر مرجع سابق ١٧٨.

والخطأ غير العمد أوجه متعددة، منها: الإهمال وعدم التبصر، الرعونة، أو قلة الدراية، أو المهارة، والإهمال يتجلى فى إغفال تدابير الحيطة، وهى التدابير الواجبة حتى يتجنب بها الشخص مخاطر عمل يقوم به، وهذه المخاطر، يمكن للشخص العادى المتزن أن يتجنبها، ولا يغنى المدين أن يتذرع بحسن النية ليدفع عن نفسه المسئولية، وأما عدم التبصر، فيحصل فى الغالب عندما يقوم المدين بعمل يحتمل الخطر أو ضرر كان بالإمكان توقعه، فلا يقوم بالاحتراس أو الامتناع والتوقف عن العمل، وأما الرعونة فهى قريبة من عدم التبصر، حيث أنها تحصل عندما يقوم شخص بعمل معين رغم عدم مهارته أو كفاية به[١] .

ويطبق على خطأ غير العمد نفس معيار خطأ العمد، ويستحسن بعض الشراح، ترك تقديره القاضى[٢] .

٢٩٢) أنواع الخطأ فى الفقه الإسلامى:

نظراً لأن فقهاء الشريعة الإسلامية قد أطلقوا لفظ الخطأ مقابل العمد فيقولون: هذا الفعل عمد، وهذا الفعل خطأ، اشتهر إطلاقهم لفظ الخطأ على الفعل الذى لم يقصده الفاعل، ومن هذا قوله تعالى: ﴿ وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَن يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَئًا... ﴾[٣] .

ومنه تعريفهم الخطأ بأنه: «فعل أو قول، يصدر عن الإنسان بغير قصده بسبب ترك التثبت....»[٤] .

ففى قوله بغير قصده إخراج العمد، فكان الخطأ عند الفقهاء مقابل العمد.

---

(١) د/ عاطف النقيب مرجع سابق ١٨٩ ـ ١٩٣.

(٢) د/ حسين عامر مرجع سابق ١٧٨.

(٣) سورة النساء آية رقم «٩٢».

(٤) عبدالعزيز أحمد البخارى ـ كشف الأسرار (٤/ ٣٨٠) دار الكتاب الإسلامى، القاهرة.

هذا بالنسبة لعموم الخطأ فى الفقه الإسلامى، ولكننا عند تعريف الخطأ العقدى فى الفقه الإسلامى، نجد أن الفقهاء فى إطار حديثهم عن المعاملات المالية، يذكرون مسألة التعدى من المتعاقدين، ويقصدون ما يقابله فى القانون وهو الخطأ العقدى..

والتعدى فى الفقه الإسلامى ينقسم إلى أقسام عدة باعتبارات عدة:

- فباعتبار السلبية وعدمها، ينقسم إلى: تعدى إيجابى، وتعدى سلبى، كترك لفظ المتاع.

- وينقسم باعتبار الجسامة والطفافة إلى: يسير، وفاحش، وكلى.

٢٩٤) رابعًا: معيار الخطأ العقدى فى القانون المدنى:

قلنا إن الخطأ العقدى هو: عدم تنفيذ الملتزم المدين لالتزامه الناشىء عن العقد، فلابد لنا من بيان متى يعتبر هذا المدين غير قائم بالتزامه.

وبعبارة أخرى، ما هو معيار هذا الخطأ العقدى؟

للجواب عن هذا السؤال لابد من التمييز بين نوعين من الالتزامات، الالتزام بتحقيق غاية، والالتزام ببذل عناية.

٢٩٤مكرر) أولاً: الالتزام بتحقيق غاية (بنتيجة):

الالتزام بتحقيق غاية، يوجب على المدين أن يحقق نتيجة معينة فى محل الالتزام ويعتبر المدين مخلاً بتنفيذ التزامه إذا لم يحقق الغاية التى التزم بتحقيقها(١) .

وذلك كالالتزام بنقل ملكية شىء فى عقد البيع، أو الالتزام ببناء جدار فى عقد المقاولة، أو الالتزام بتسليم العين المؤجرة، وقد يكون الالتزام بتحقق غاية، بترك العمل، يكون قد حقق الغاية وإن قام بالعمل يكون قد خالفها وأخل بالتزامه وتتقرر المسئولية العقدية عليه(٢) .

---

(١) د/ عبدالمنعم الصدة ، مرجع سابق ٤١٢.

(٢) د/ عبدالمنعم فرج الصدة ـ مرجع سابق ٤١٣.

٢٩٥) ثانيًا الالتزام ببذل عناية:

وهذا النوع من الالتزام لا يوجب على المدين أن يحقق نتيجة معينة، بل يلزمه فقط أن يبذل قدراً معيناً من الجهد والعناية للوصول إلى غرض، سواء تحقق ذلك الغرض أم لم يتحقق، فهو التزم بعمل ولكنه عمل غير مضمون النتيجة، والمهم فيه هو أن يبذل المدين فى تنفيذه مقداراً معيناً من العناية التى يبذلها فيه هو أن يبذل المدين فى تنفيذه مقداراً معيناً من العناية التى يبذلها الشخص العادي(١) .

وذلك مثل التزام الطبيب بعلاج المريض، فالطبيب ليس مسئولا عن شفاء المريض، ولكنه مسئولا عن بذل العناية والجهد العادى للطبيب، إلا إذا كان الطبيب على مستوى عال من الكفاءة، وقصده المريض لأجل شهرة كفاءته فإن المطلوب منه ليس كالمطلوب من الطبيب العادى، بل لابد من مزيد عناية وبهذا تكون مسئوليته أكبر(٢) .

وقد عرض لهذا النوع من الالتزامات المادة ١/٢١١ مدنى بقولها: «فى الالتزام بعمل إذا كان المطلوب من المدين هو أن يحافظ على الشيء، وأن يقوم بإرادته، أو أن يتوخى الحيطة فى تنفيذ التزامه، فإن المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل فى تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادى، ولو لم يتحقق الغرض المقصود، هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غيره».

٢٩٦) وخلاصة القول أن الخطأ العقدي هو عبارة عن انحراف فى سلوك المدين يوجب مؤاخذته، وهذا الانحراف قد يكون إيجابياً، وقد يكون سلبياً، ومعيار هذا الانحراف هو: «مجافاة مسلك المدين لمسلك الشخص العادى، أو ما يسمى برب الأسرة المعنى بأمور نفسه»(٣) .

---

(١) د/ عبدالرزاق السنهوري، الوسيط (١/٧٣٦ ـ ٧٣٩).

(٢) د/ أنور سلطان النظرية العامة للالتزام (١/٤٨٩ ـ ٤٩٠).

(٣) د/ أنور سلطان، الموجز فى نظرية الالتزام (١/٢٩٨) ط ١٩٦٣م.

ويفرِّق بعض الفقهاء بين الخطأ العمد وغير العمد بهذا الخصوص، فيجعلون للمخطئ تعمداً معياراً ذاتياً، أى: شخصياً، فيرجع القاضى إلى المخطئ نفسه ليبحث عن ملابسات القضية فى شخصيته(١) .

وإن كان الخطأ غير عمدى فلا يعتمد المعيار الذاتى هنا، وإلا لأدى ذلك إلى محاسبة الرجل شديد اليقظة والإنتباه على أقل هفوة تصدر منه، بينما يفلت من الحساب معتاد الإهمال، ثم إن هذا المعيار فيه مشقة بتكليف القاضى بالبحث عن شخصية وسلوك المدين، فيكون المعيار الملائم هو: المعيار المادى المجرد، فيقاس سلوك المدين بسلوك الشخص العادى الذى يكون من أواسط الناس(٢) .

وبهذا يتبين لنا، أن معيار الخطأ فى المسئولية العقدية، هو مسلك الشخص العادى، بمعنى عدم مجاوزة ما اعتاده الناس من سلوك أو ما تعارفوا عليه من أعمال.

٢٩٧) وترجع أهمية التفرقة بين الالتزام بغاية «بنتيجة» والالتزام بوسيلة «ببذل غاية» من حيث الخطأ العقدى إلى أنه فى الالتزام بغاية يمكن الإكتفاء من الدائن بأن يثبت قيام الالتزام، ثم يكلف المدين إثبات الوفاء به، فإن عجز عن ذلك اعتبر عدم الوفاء ثابتاً، وكان ذلك كافياً لمساءلته ولم يجز للمدين أن ينفى التقصير عن نفسه ما دام عاجزاً عن إثبات الوفاء بالالتزام(٣) .

---

(١) د/ أنور سلطان النظرية العامة للالتزام ٤٨٥ - ٤٨٦.

(٢) د/ أنور سلطان نفس المرجع، د/ عبدالرزاق السنهورى - مرجع سابق ١/ ٥٧٠.

(٣) نقض مدنى بتاريخ ١٩٦٢/٤/٢٦ - مجموعة أحكام النقض ١٧ - ١٩٩ - ٢٦، نقض مدنى فى ١٩٦٥/٦/١٠ مجموعة أحكام النقض ١٦ - ٧٣٦ - ١١٧ حيث اعتبر المقاول مسئولا عن تهدم البناء خلال مدة العشر سنوات دون حاجة إلى إثبات أى خطأ آخر فيه ولو كان التهدم راجعاً إلى عيب فى الأرض ذاتها.

أما الالتزام بوسيلة: فعندما يثبت الدائن وجود الالتزام فيجوز للمدين أن يثبت قيامه ببذل العناية المطلوبة، فإن فعل كان موفياً بالتزامه وانتفى الخطأ من جانبه ما لم يثبت الدائن أن المدين قصر في اتخاذ احتياط معين كان يجب عليه، فيثبت بذلك حقًا المدين إلى أن يثبت هذا أنه قد اتخذ الاحتياط المنسوب إليه إهماله أو أن الاحتياط المذكور لم يكن واجباً عليه فينتفى خطؤه وتمتنع «المسئولية تجاهه»(١) .

هذا وفى الالتزام بغاية: يتوافر الخطأ بمجرد عدم تحقق النتيجة(٢) .

٢٩٨) ب- معيار الخطأ العقدى فى الفقه الإسلامى:

الخطأ العقدى فى الفقه الإسلامى من حيث مفهومه، هو ذاته الخطأ العقدى فى القانون المدنى، أى أنه عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه الواجب عليه بمقتضى العقد.

وقد أورد الفقهاء تعريفات عدة، واختلفت عباراتهم فيها، ولكنهم لم يقصدوا فيها تعريف الخطأ العقدى فحسب، بل كانت تعريفاتهم عامة لعموم الخطأ وبعضها أقرب من الآخر.

فمن تعريفات الخطأ عند الفقهاء، ما ذكره صاحب كشف الأسرار بأنه «فعل أو قول يصدر عن الإنسان بغير قصده، بسبب ترك التثبت عند مباشرة أمر مقصود سواه»(٣) .

وهذا التعريف أخرج خطأ العمد حين قال: «بغير قصده» فقصره على ما كان فعلاً غير الصواب.

وأورد بعض الفقهاء تعريفاً آخر، حيث اعتبروا أن الخطأ هو: «ما إذا استعمل الإنسان حقه على وجه ليس فيها احتياط و احتراس، فأضر بالغير»(٤) .

(١) نقض مدنى ٢٣/١/١٩٨٠ ، مجموعة أحكام النقض ٣١ - ٢٥٥ - ٥٣.

(٢) د/ سليمان مرقس، رسالته «نظرية دفع المسئولية المدنية فى ١٩٣٦م ص ١٠٣، ١١٤.

(٣) أحمد بن عبدالعزيز البخارى ، كشف الأسرار (٤/ ٣٨٠).

(٤) د/ وهبة الزحيلى، الفقه الإسلامي وأدلته (٣٧/٤).

ومنهم من عرّفه بأنه: «أن يقصد بفعله شيئًا فيصادف غير ما قصد، لا ضد الصواب»(١) .

٢٩٩) أولاً مفهوم التعدى ومعياره:

التعدى فى الاصطلاح الفقهى هو: مجاوزة ما ينبغى أن يقتصر عليه شرعًا، أو عرفًا أو عادة(٢) .

وقيل هو التصرف بغير حق(٣) ، والأول أصح.

والتعدى أعم من الغصب، ويكون فى الأموال والفروج، والنفوس، والأبدان. التعدى هو: مخالفة ما حدده الشارع، أو العرف(٤).

والتعدى فى الأموال أربعة أنواع(٥) :

١) أخذ ذات الشىء، وهذا هو الغصب.

٢) أخذ المنفعة دون الأصل.

٣) الاستهلاك بإتلاف الشىء، ككسر الزجاج أو إفساد الطعام.

٤) التسبب فى التلف، كمن فتح حانوتًا لرجل فسرق، وكمن حل رباط دابة فهربت.

فمن فعل شيئًا مما ذكر فهو ضامن، سواء تمّ الفعل عمدًا أم غير عمد.

ولأجل أن يتحقق التعدى لابد أن يتجاوز المدين الحدود المقررة له، ويضر بالدائن دون استناد إلى أى مسوغ، ولكن لابد لهذا التعدى من

---

(١) التهانوى ـ كشاف اصطلاحات الفنون (١٧٣/٢) ط١٩٦٣م، وزارة الثقافة، بمصر.

(٢) الموسوعة الفقهية، وزارة الأوقاف الكويتية، (٢٨ ـ ٢٢٢) ط١ (١٩٩٣م).

(٣) محمد قلعه جى وحامد قنيبى معجم لغة الفقهاء ١٣٥.

(٤) الموسوعة الفقهية، الكويت ٢٨ ـ ٢٢٢.

(٥) وهبة الزحيلى، مرجع سابق ٧٠٩/٥.

توافر شرطين:

الأول: أن يكون الفعل خارجاً عن النطاق الشخصي.

الثاني: أن يرتب هذا الخروج ضرراً بالغير.

فلابد من تحقق الشرطين، فلو تحقق الخروج عن الحق الشخصي ولم يلحق ضرراً بالغير فلا يكون هناك تعدى، ولا ضمان(١) .

والتعدى فى الفقه الإسلامى يعتمد ركناً واحداً فقط هو الركن المادى، فلا يلتفت إلى الركن المعنوي، ولذلك فإن الفقهاء لا يعتدون بإدراك وتمييز الفاعل(٢) .

٣٠) معيار التعدى:

حدد بعض الفقهاء معياراً للتعدى وقالوا هو: «مجاوزة ما يجوز إلى ما لا يجوز أو مجاوزة ما شرع إلى غير المشروع، وهو أيضاً مجاوزة ما ينبغى أن يقتصر عليه شرعاً»(٣) .

وهذا الرأى فيه غموض ولبس إذ هو أقرب إلى أن يكون تعريفاً للتعدى من أن يكون ضابطاً أو معياراً له، فهذا الضابط لم يوضح لنا ما هو الذى يجوز وما الذى لا يجوز، وكذلك ما هو المشروع وغير المشروع، فكل هذه أمور عامة وغامضة، لابد من أن يوضحها الضابط أو المعيار، وحتى قول الفقهاء: «ما ينبغي أن يقتصر عليه شرعاً» فغير واضح أيضاً لأنه يلجئنا إلى البحث فى أوامر الشرع ونواهيه، وذلك يقتضى منا أن نلجأ إلى البحث أيضاً عن شخصية المعتدى وهو ما يتناقض مع التعدى، حيث قلنا أن التعدى فى الفقه الإسلامى ليس له إلا ركن واحد وهو الركن المادي ولا يعترف بالركن المعنوي أو الشخصي، ولذلك فإن هذا الضابط غير مسلّم به

(١) د/ إبراهيم دسوقى المسئولية المدنية بين التقييد والإطلاق ١٦٥، ص ١٩٨٠.

(٢) نفس المرجع ١٦٧.

(٣) القرافى الفروق، ١/٢١٣، دار المعرفة بيروت.

ولا يصلح ضابطًا ومعيارًا للتعدى(١) .

والرأي أن معيار التعدى يتمثل في مجرد واقعة الاعتداء على حقوق الغير دون مبرر.

فينظر إلي الاعتداء على أنه واقعة مادية محضة يترتب عليها المسئولية كلما حدثت، بقطع النظر عن شخص المعتدى، فيكون معيار التعدى هو:

«انحراف عن السلوك المألوف للرجل المعتاد، أو هو العمل الضار بدون وجه حق»(٢) .

فيقاس بسلوك الرجل العادى دون الإنسان الحانق النتبيه(٣) .

ومن قواعد الفقه الإسلامى في هذا الموضوع ما ذكر فى الأشباه والنظائر «قال الفقهاء: كل ما ورد به الشرع مطلقًا، ولا ضابط له فيه ولا فى اللغة، يرجع فيه إلى العرف»(٤) .

٣٠١) خامسًا: عبء إثبات الخطأ العقدى:

إن عبء الإثبات فى القانون يكلف به المدعى، وهو الذى يدعى خلاف الظاهر.

فيجب على مدعى الالتزام أن يثبت دعواه حتى ولو عجز المدعى عليه عن إثبات دفعها(٥) .

وعلة هذا المبدأ هو : أن الأصل براءة الذمة من حقوق الغير فإذا أدعى شخص على آخر ملتزمًا كان مدعيًا لشىء على خلاف الأصل، ولذلك

---

(١) د/ إبراهيم دسوقى، مرجع سابق، ١٦٨.

(٢) د/ وهبه الزحيلى، مرجع سابق ص ١٨.

(٣) د/ فوزى فيض الله، مرجع سابق ص ٩٣.

(٤) السيوطى الأشباه والنظائر ص٦٨، ط١٩٨٣م.

(٥) د/ أحمد نشأت، رسالة الإثبات، ٤٦/١ - ٤٧، ط٧٢م، دار الفكر العربى - القاهرة، وقد نص القانون المصرى على هذا صراحة فى م:٣٨٩/مدنى «على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين التخلص منه».

وجب عليه أن يثبت هذا الالتزام، وهذا فى نطاق الحقوق الشخصية، أما فى نطاق الحقوق العينية فإن الأصل هو الظاهر، فالحائز للعين لا يطالب بإثبات ملكيتها لأن الظاهر أنها ملكه، بل الذى يطالب بالإثبات هو من يدعى خلاف الظاهر(١) .

- وقد سبق أن ذكرنا(٢) بأن الالتزام فى المسئولية العقدية على نوعين التزام بتحقيق نتيجة، والتزام ببذل عناية، وإذا كان الأمر كذلك فإنه يجب التفرقة بين نوعى الالتزام من حيث عبء إثبات الخطأ.

فإن كان الالتزام بتحقيق نتيجة، كما فى الالتزام بعقد بيع، فإن المطلوب فيه هو تحقيق النتيجة وهى نقل المبيع من ذمة البائع إلى ذمة المشترى، فيكفى المشترى أن يثبت عدم انتقال ملكية المبيع إليه فإذا أثبت الدائن ذلك أفترضَ وقوع الخطأ من جانب البائع، ويتحقق فى هذه الحالة على المدين «البائع» إذا أراد نفى المسئولية عن نفسه أن يقيم الدليل على وجود السبب الأجنبى الذى ترتب عليه عدم تنفيذ الالتزام(٣) .

فيجب على المدين أن يثبت أولاً صحة العلاقة التعاقدية وهو العقد، ويثبت أن المدين لم يقم بتنفيذ ما التزم به فى العقد وهو تحقيق النتيجة فإذا أثبت هذا كله فيفترض أن الخطأ أو عدم تحقيق النتيجة هو بسبب المدين ما لم يقم بالدفاع عن نفسه، ويثبت أن عدم تحقيق النتيجة لم يكن بسببه هو وإنما كان بسبب أجنبى(٤) .

---

(١) د/ أحمد أبو الوفاء الإثبات فى المواد المدنية والتجارية ٥٤، ط ١٩٨٣م الدار الجامعية بيروت.

(٢) انظر بند ٢٩٣.

(٣) د/ أنور سلطان النظرية العامة للالتزام (٣٨٩/١) وقد أورد المادة ٢١٥ مدنى مصرى، التى تقرر أنه «إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبى لا يد له فيه. ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين فى تنفيذ التزامه».

(٤) د/ حسن على الذنون مرجع سابق ١٨١.

وإذا كانت الالتزامات تتعلق بالوسائل أو ما يسمى الالتزام ببذل عناية فلا يكتفى الدائن بإثبات وجود العلاقة التعاقدية فقط، بل يجب عليه إضافة إلى ذلك إثبات خطأ المدين، فيثبت أن المدين لم يقم أثناء تنفيذ العقد ببذل العناية اللازمة والواجبة عليه بموجب العقد(١) .

فمثلاً لا يكفى المريض، لإثبات خطأ الطبيب الذى لم يلتزم ببذل العناية الكافية، أن يقيم الدليل على وجود العلاقة بينه وبين الطبيب، وأن الطبيب لم يبذل العناية المطلوبة، بل عليه أن يثبت أن الطبيب قد أخطأ أثناء علاجه، وأن خطأه هذا قد أصابه بأمراض أخرى أو ضاعف المرض الموجود، وعليه، فهذا الخطأ ليس مفترضاً كالأول - فى الالتزام بتحقيق نتيجة - بل هو واجب الإثبات(٢) .

وخلاصة القول: أن عبء الإثبات يكون لازماً على المدعى، وهو الذى يدّعى أمراً مخالفاً للظاهر وحيث يفرّق بين مسألتى الالتزام بتحقيق غاية والالتزام ببذل عناية، فيلزم المدّعى فى المسألة الأولى: فقط بإثبات الالتزام أى وجود العقد فقط وبأن المدين لم يقم بتنفيذ الالتزام، أما فى المسألة الثانية فلابد إضافة إلى ذلك من إثبات أن المدين قد أخطأ فعلاً، وأن الضرر حاصل نتيجة للخطأ.

٣٠٢) سادساً انتفاء الخطأ العقدى بالسبب الأجنبى(٣) :

ذكرنا من قبل(٤) أن الخطأ فى المسئولية التعاقدية يكون عبء إثباته على المضرور، فالواجب على المضرور وهو المدعى أن يثبت الخطأ فى حالة الالتزام ببذل عناية، أو أن يثبت وجود العلاقة التعاقدية وعدم التزام المدين بها، وبهذا يثبت الخطأ تلقائياً.

---

(١) د/ حسن الخطيب، نطاق المسئولية المدنية التقصيرية والمسئولية التعاقدية، مطبعة حداد البصرة.

(٢) د/ أحمد شريف الدين، مسئولية الطبيب، ٦٥/ ط١٩٨٦م، جامعة الكويت.

(٣) انظر هذا الموضوع بحثنا «السبب الأجنبى وأثره فى تنفيذ الالتزام فى القانون المدنى» دراسة مقارنة بالفقه الإسلامى طبة دار النهضة العربية عام ١٩٩٨م.

(٤) انظر بند ٢٨٠.

ولكن لا يتم الحكم على المدين بعد هذا مباشرةً، بل يعطى الحق في الدفاع عن نفسه بما يفي بإسقاط الحكم بالتعويض عنه.

والأسباب التى تحول دون الحكم على المدين بالتعويض ترجع إلى فكرتين أساسيتين(١) :

الأولى: تتعلق بالتعدي الذي هو أحد عناصر الخطأ(٢) .

الثانية: خاصة بالسبب الأجنبي.

وسنقتصر هنا على انتفاء المسئولية العقدية لوجود السبب الأجنبي، الذى يوضح علاقة السببية ما بين المدين وبين الضرر الواقع على الدائن، بحيث إذا ما وجد هذا السبب الأجنبى فإن الخطأ لا يعتبر موجباً المسئولية وملزماً التعويض.

ويمكن تعريف السبب الأجنبى بأنه: «كل حادث لا ينسب إلى فعل المسئول ويكون قد جعل وقوع الفعل الضار مستحيلاً»(٣) .

ويظهر من هذا التعريف أن السبب الأجنبى يتكون من عنصرين:

الأول: أن يكون ذلك السبب قد جعل وقوع الضرر حتماً.

الثاني: أن يكون ذلك السبب أجنبى عن المدين(٤) (م ٢١٥ مدنى مصرى).

---

(١) د/ محمد جلال حمزة، العمل غير المشروع باعتباره مصدراً للالتزام ٧٣، ط ١٩٨٥م.

(٢) أما بالنسبة للأسباب الأخرى التي تتعلق بالتعدي فيمكن إيجازها في نقاط محددة وهي: أ) الضرورة. ب) حالة الدفاع الشرعي. جـ) حال تنفيذ أمر واجب الطاعة، فهذه الحالات لا يعتبر الخطأ بسببها موجباً للمسئولية وملزماً للتعويض. إبراهيم دسوقى - مرجع سابق ٣١٧.

(٣) د/ زهدى يكن، المسئولية المدنية أو الأعمال المباحة، ٩٩ ط المكتبة العصرية، بيروت، وسليمان مرقس، محاضرات في المسئولية المدنية (١/١٧٤) ك ١٩٥٨، جامعة الدول العربية، معهد الدراسات، انظر بحثنا السبب الأجنبي وأثره في تنفيذ الالتزام فى القانون المدنى دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي يند ص طبعة ١٩٩٨م، الناشر دار النهضة العربية.

(٤) انظر د/ زهدى يكن، مرجع سابق ص ٩٩.

وقد انقسم السبب الأجنبي إلى أنواع ثلاثة هي: القوة القاهرة، وخطأ المضرور، وخطأ الغير، وسنوضحها بشيء من الإيجاز على الوجه الآتي:

٣٠٢) أ- القوة القاهرة:

القوة القاهرة هي: «التي تصدر عن حادث خارج إرادة الإنسان، ولا تجوز نسبته إليه، وليس من الممكن تفادية أو توقعه»(١) . وهناك ما يسمى بالحادث الفجائي، حيث أن بعض الشراح يفرقون بينه وبين الحادث الفجائي وبعضهم لا يفرق، والذين فرّقوا قالوا: بأن الحادث الفجائي هو: «أمر يأتي من الداخل يتصل بعمل الإنسان كانفجار آلة أو التهاب مادة، أما القوة القاهرة: فهي أمر يأتي من الخارج ولا يتصل بعمل الإنسان كانقضاض صاعقة أو هبوب عاصفة. ويرى أصحاب هذا الاتجاه أن القوة القاهرة هي السبب الأجنبي الذى ينفي علاقة السببية دون الحادث المفاجئ(٢) .

ولكن أغلب الفقه ذهب إلى عدم التمييز بين القوة القاهرة والحادث المفاجئ حيث يقولون أنهما اصطلاحان يدلان على معنى واحد، ولذلك فلا محل للتمييز بينهما فالمقصود بالقوة القاهرة أو الحادث المفاجئ: كل حادث خارجي لا يمكن توقعه ولا دفعه يؤدي مباشرة إلى حصول الضرر(٣) .

وتتحق القوة القاهرة، أو الآفة السماوية، عندما يحدث الضرر نتيجة عامل لا يمكن الاحتراز عنه ولا يمكن دفعه(٤) .

وبهذا توصل الفقه القانوني إلى أن القوة القاهرة هي: «كل حادث لا شأن لإرادة المدين فيه، ولم يكن توقعه، ولا منعه، ويصبح به تنفيذ الالتزام مستحيلاً»(٥) .

---

(١) انظر بحثنا السبب الأجنبي وأثره فى تنفيذ الالتزام، ص ٢٤، بند ١٤.

(٢، ٣) انظر د/ السنهوري، الوسيط، جـ١ ص ٨٧٦، نقض مدنى ١٩٧٧/٦/٢٢، مجموعة أحكام النقض س٢٨ ص ١٤٨٥.

(٤) د/ إبراهيم دسوقي، مرجع سابق، ٣٢٠.

(٥) د/ عبدالرزاق السنهوري، مرجع سابق ٩٩٥/١.

وقد تضمن هذا التعريف الشروط الواجب توافرها فى القوة القاهرة، أو الآفة السماوية وهى:

١) عدم إمكان التوقع:

فيلزم أن يكون الأمر غير متوقع عقلاً، أما ما كان توقعه ممكناً فلا يعتبر قوة قاهرة، مثل ما يمكن توقعه من إجراءات قانونية»(١) .

ولكن إذا أخذنا عدم إمكان التوقع بهذا المعنى فإن حوادث كثيرة ستخرج من دائرة القوة القاهرة، كالزلزال، والغرق، والحرب، لأنهما يمكن توقعهما(٢) .

ويجب لكى يكون الحادث فجائياً أو قوة قاهرة، أن لا يمكن توقعه من جانب المدين بالالتزام بصورة مطلقة لا نسبية علاوة على أنه فى صدد معيار عدم إمكان التوقع يسند فى ذلك بالالتزام فقط، بل يرجع فى ذلك إلى أشد الأشخاص بصراً ويقظة بالأمور(٣) .

- أما فيما يتعلق بوقت إمكان التوقع من عدمه، إنما يكون فى المسئولية العقدية وقت إبرام العقد.

فإذا كان الحادث غير ممكن التوقع وقت إبرام العقد، كان هذا كافياً فى تحقق الحادث الفجائى حتى لو أمكن توقعه بعد التعاقد وقبل التنفيذ، أما فيما يتعلق بالمسئولية التقصيرية، فيعتد بعدم إمكان التوقع وقت وقوع الحادث ذاته.

٢) استحالة الدفع:

فلا يعتبر الأمر قوة قاهرة إذا استطاع المدين أن يفى بالتزاماته التعاقديه، ولو كان ذلك بتضحيات بالغة(٤) .

---

(١) د/ السنهورى مرجع سابق (١/٩٩٥).

(٢) د/ أنور سلطان مرجع سابق ٣٣٧.

(٣) د/ السنهورى، الوسيط جـ١ بند٥٨٨.

(٤) د/ محمد يوسف الزعبى، مرجع سابق ١٨٠.

ولذا يجب أن يكون الحادث من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً وأن تكون الاستحالة مطلقة أي عامة ـ فلا تعتبر الاستحالة مطلقة إذا كانت خاصة بشخص المدين بالالتزام أو بشخص المدعي عليه ـ فلا تكون استحالة نسبية إلى المدين وحده بل استحالة بالنسبة إلى أي شخص يكون في موقف المدين، وهذا هو الذي يميز نظرية السبب الأجنبي عن نظرية الحوادث الطارئة إذ في نظرية الحوادث الطارئة يكون تنفيذ الالتزام مرهقًا لا مستحيلا (١٤٧ مدني).

وعلى هذا فإنه لو تعاقد دائن ومدين على شيء سواء كان بيعًا، أم إجارة، أم مقاولة، فإنه في حالة هلاك الشيء المتعاقد عليه بقوة قاهرة، فليس للدائن أن يجبر المدين على تقديم غيره، بل ينفسخ العقد من تلقاء نفسه، وينقضي الالتزام.

وقد ذكر البعض واجبات تقع على المدين حين وقع القوة القاهرة، أو الآفة السماوية، وهي: إخطار الدائن، وذلك لكي يستطيع المتعاقد أن يحتاط لنفسه، وأنّ عليه؛ أن يعتني بالشيء المتعاقد عليه، ويبذل كل جهد لتفادي الضرر، وتخفيفه، وهي لا تعدوا عناية الرجل المعتاد، وإذا أصبح التنفيذ مستحيلاً، انفسخ العقد، كأنه لم يكن، ويعود المتعاقدان إلى ما كان عليه قبل العقد، فيرد كل منها ما تسلمه بمقتضى العقد، وإن أصبح الرد مستحيلاً وجب التعويض(١) .

واستحالة الوفاء بالالتزام مسألة موضوعية لا شخصية بمعنى أن تقديرها يكون بحسب مقدره الرجل العادي الذي يوجد في مثل الظروف القاهرة التي وجد فيها المدين بالالتزام أو الفعل الضار(٢) .

---

(١) حسين عامر، مرجع سابق ٣٦٦ ـ ٣٦٨.

(٢) نقض مدني بتاريخ ١٩٥٦/١٢/٢٧، مجموعة أحكام النقض ١ ـ ٢٢ ـ ١٠ ـ ١٤٥.

٣٠٤) خطأ المضرور(١) :

بداية يجب أن ننوه أن لو وقع الفعل الخاطئ من المضرور مجرداً، أى دون أن يشاركه فيه خطأ ما من المدعى عليه أو من الغير، ونتج عنه ضرراً لحق بالمضرور، فإن هذه الحالة لا يكون لها محلاً الكلام عن المسئولية، لأن الحكم فيها واضح، إذ لا يوجد أمامنا مدعى عليه حتى نكون بصدد الحديث فى مجال المسئولية، وبالتالى التعويض وجبر الضرر فيها.

- أما مجال حديثنا فى خطأ المضرور، إنما يكون فى حالة وجود فعل خاطئ يقع من المضرور إلى جانب فعل خاطئ من المدين بالالتزام أو المدعى عليه - فى مجال المسئولية التقصيرية - نتج عنه ضرر لحق بالمضرور. وهنا لنا أن نتساءل عن مدى مساهمة الفعل الخاطئ الذى وقع من المضرور في مقدار الضرر الذى لحق به نتيجة فعله الخاطئ وفعل المدعى عليه الخاطئ أيضاً. وبالتالى تحديد مدى مسئوليته فى جبر الضرر الذى لحق به من مسئولية المدعى عليه أو المدين بالالتزام في نطاق المسئولية العقدية.

هذا ويلزم لكى يستند المدعى عليه إلى فعل المضرور لنفى علاقة السببية بين خطئه والضرر الذى لحق بالمضرور- وبالتالى عدم مسئوليته أو تخفيف تلك المسئولية، أن يكون هذا الفعل الذى صدر من المضرور مكوناً خطأ، بصورة واضحة وأكيدة، وقضت محكمة النقض(٢) . تأكيداً لهذا المعنى بأنه «إذا كان الحكم المطعون فيه قد اكتفى ببيان خطأ المضرور (الطاعن)، بعبارة مجملة تتضمن أن الطاعن لم يكن حريصاً فى سيره دون أن يكشف عن مظاهر عدم هذا التحرص وعن الأعمال التى وقعت من المضرور

(١) انظر فى الفقه الفرنسى:

- Moreau J: L'influence de la situation et du camportement de la victime sur la respons - ablite administrative - preface de Benat 1957.
- Adam (Albert); la faute de la victime et la responsablite des automobilistes, these Montpellier 1954.

(٢) نقض مدنى بتاريخ ١٢/١٢/١٩٦٣م - مجموعة أحكام النقض ١٤ - ١١٥٦ - ١٦٥.

واعتبره الحكم عدم حرص منه، ودون أن يبين المصدر الذى استخدمته هذه الواقعة أو يقيم الدليل عليها، فإنه يكون مشوباً بالقصور...».

- أما إذا لم يكن الفعل الصادر من المضرور مكونًا للخطأ فإنه لا يصح أن يكون محلاً للتخفيف أو للإعفاء من مسئولية المدعى عليه أو المدين بالالتزام وبالتالى يحق للمضرور أن يرجع بالتعويض الكامل - عما أصابه من ضرر تجاه المدعى عليه أو المدين بالالتزام(١) .

- وقد أيدت هذا المعنى محكمة النقض بقولها: «من المقرر قانونًا أن فعل الغير أو المضرور لا يرفع المسئولية عن الأعمال الشخصية أو يخفف منها إلا إذا اعتبر هذا الفعل خطأ فى ذاته، وأحدث وحده الضرر أو ساهم فيه»(٢) .

- وعلى ذلك إذا كان الفعل الصادر من المضرور يكون خطأ - أى انحراف المضرور فى سلوكه عن سلوك الشخص المعتاد وإلا لما كنا بصدد خطأ، كما يجب أن يكون هذا السلوك الصادر من المضرور عن شخص مميز وإلا لا يعد سلوكًا منحرفًا أى لا يتضمن خطأ(٣) وأحدث ضرراً به، أي توافرت علاقة السببية بين خطأ المضرور والضرر الذى لحق به من جراء هذا الفعل الخاطئ الذى صدر عنه، فإنه يحق للمدعى عليه أن يحتج فى هذه الحالة بفعل المضرور الخاطئ (خطأ المضرور) لنفى رابطة السببية بين خطئه، والضرر الذى لحق بالمضرور للإعفاء من المسئولية أو لتخفيفها(٤) .

ومن هنا يجب أن نعرف مساهمة المدعى عليه والمضرور فى إحداث الضرر، وأثر ذلك على مسئولية المدين، وبيان ذلك لا يخرج عن أحد فرضين:

---

(١) د/ السنهورى، الوسيط جـ١ ص ٨٨١ فقرة ٥٩٢.

(٢) نقض مدنى بتاريخ ١٩٦٨/٤/٢م - مجموعة أحكام النقض ١٩ - ٦٨٩ - ١٠١.

(3) Demogue: Traite des abligations T4. N802, 806.

- د/ محمد لبيب شنب، دروس فى الالتزام، ص ٣٦٩ بند ٢٤ - طبعة ١٩٧٦/ ١٩٧٧م.

(٤) د/ السنهورى، الوسيط ص ٨٨٢ فقرة ٥٩٢:

الأول: إما أن يستغرق خطأ أحدهما خطأ الآخر.

الثاني: إما أن يشتركا معاً في إحداث الضرر.

وهذا وسنلقي الضوء بالشرح والبيان على هذين الفرضين على الوجه الآتي:

الفرض الأول: أن يستغرق خطأ أحدهما خطأ الآخر:

إن صورة استغراق أحد الخطأ الآخر قد يكون نتيجة تعمد المدعى عليه أو المضرور في إحداث الضرر، وإما أن يوافق المضرور على قيام المدعى عليه بإحداث الضرر به أي يرضى المضرور بالضرر، وإما أن يكون أحد الخطأين ـ سواء خطأ المضرور أو خطأ المدعي عليه (المدين بالالتزام) نتيجة خطأ آخر وهذه الصورة سوف نوضحها على الوجه الآتي:

أولاً: الصورة الأولى: تعمد المدعى عليه أو المضرور إحداث الضرر:

(أ) إذا تعمد المدعي عليه إلحاق الضرر بالمضرور: فإن خطأ المدعى عليه يستغرق خطأ المضرور وبالتالي يكون مسئولاً عن جبر الضرر كاملاً ومثال ذلك: «أن يتعمد سائق سيارة إصابة رجل مكفوف البصر يسير في الطريق دون مرشد له، لم يجز للسائق هنا أن يحتج بخطأ المضرور لتخفيف مسئوليته، ولا يسمع منه في معرض الدفاع عن نفسه أن المضرور سار في الطريق دون المرشد وهو مكفوف البصر، فيكون قد أخطأ ذلك أن السائق تعمد إصابة المضرور، ولم يكن خطأ المضرور إلا ظرفاً استغله السائق في إنفاذ نيته(١).

(ب) أما إذا كان المضرور هو الذي تعمد إلحاق الضرر بنفسه فإن خطأه يستغرق خطأ المدين بالالتزام (المدعى عليه)، وبالتالي تنتفي مسئولية المدين بالالتزام (المدعى عليه) لانعدام رابطة السببية:

---

(١) انظر في عرض هذه الأمثلة، د/ السنهوري، جـ١ ص ٨٨٦ ـ د/سليمان مرقس، الوافي، مرجع سابق، المجلد الثاني، ص ٤٩٣، الطبعة الخامسة.

مثال ذلك: «أن ينتهز المضرور فرصة وجود سيارة مسرعة فيرمى نفسه أمامها فجأة بقصد الانتحار، هنا لا مسئولية على سائق السيارة، لأن خطأه فى الإسراع قد استغرقه خطأ المدعى الذى تعمد إلحاق الضرر بنفسه»(١) .

وقد قضت محكمة النقض(٢) بأنه «من المقرر أن خطأ المجنى عليه يقطع رابطة السببية متى استغرق خطأ الجانى وكان كافياً بذاته لإحداث النتيجة، وتقدير السببية بين الخطأ والنتيجة أو عدم توافرها هو من المسائل الموضوعية التى تفصل فيها محكمة الموضوع بغير معقب، ما دام تقديرها سائغاً مستنداً إلى أدلة مقبولة، ولها أصلها فى الأوراق....».

ثانياً: الصورة الثانية: رضى المضرور بالضرر:

لقد فرق الفقهاء فى هذه الحالة بين حالتين:

الأولى: علم المضرور بالضرر.

والثانية: رضاه بإحداث الضرر به.

---

(١) انظر فى عرض ذلك: د/ عبدالرزاق السنهورى، الوسيط جـ١ ص ٨٨٣ فقرة (٥٩٤) وما بعدها - د/ محمد حسين الشامى، نظرية المسئولية المدنية، مرجع سابق ص ٣٧٨ بند ١٩٨ - د/عبدالناصر توفيق العطار، مرجع سابق، مصادر الالتزام، ص ٢٧٥ بند ١٦١ - د/ سليمان مرقس، المسئولية المدنية، مرجع سابق، ص ٤٩٥ فقرة ١٧٧ - / حسين عكوش، المسئولية العقدية والتقصيرية ص ١٣٢ فقرة ٦١ - د/ إياد ملوكى، المسئولية عن الأشياء ص ٢٦٩ فقرة ٢١١ - د/عبدالرشيد مأمون، علاقة السببية فى المسئولية المدنية ص ٦٦ فقرة ٥٦ وما بعدها - د/ أنور سلطان، مصادر الالتزام، ص ٣٣٩ فقرة ٥٠٣.

(٢) نقض جنائى ١٩٦٨/١/٢٩، مجموعة أحكام النقض س١٩ ص ١٠٧، وقضت محكمة النقض الجنائى أيضاً بتاريخ ١٩٣٢/١١/٢٨ - المحاماة - س١٣ ص ٨١٥ (أشار إليه د/ عبدالناصر العطار ص ٢٧٧ هامش ٢٧ - ومحمد كمال عبدالعزيز جـ١ ص ٥٧١) بأنه «إذا كان المجنى عليه تعمد الإضرار بنفسه فانتهز فرصة خطأ الجانى واتخذه وسيلة لتنفيذ ما تعمده من إيقاع الضرر بنفسه، فلا يقضى له بتعويض». نقض جنائى ١٩٦٦/٤/٢٥م، مجموعة أحكام النقض الجنائي ١٧ - ٤٧٥ - ٩٠، نقض مدنى ١٩٦٦/٦/١٤م، مجموعة أحكام النقض ١٧ - ٨٠٦ - ١٥٢.

- أما بالنسبة لعلم المضرور بالضرر فقد أجمع الفقهاء على أن مجرد العلم بالضرر، لا أثر له فى إعفاء المدعى عليه «المدين بالالتزام» من المسئولية[١].

ومثال ذلك: من يسافر بالطائرة يعرف ما قد يحدث من عطل لها، وأن ذلك قد يعرضه للخطر، ومن يعوم فى حوض سباحة - مثلاً - يعلم باحتمال الغرق. فإن هذا العلم من جانب المضرور: لا يؤثر فى مسئولية المدعى عليه (المدين بالالتزام) إذا ما صدر منه خطأ، أو عدم وفاء بالالتزام أدى إلى إلحاق الضرر بالمضرور، فى هذه الحالة لا يستطيع المدعى عليه (المدين بالالتزام) أن يتخلص من المسئولية تجاه المضرور مستند إلى علم المضرور بالضرر، فقد يعلم المضرور بالضرر لكنه لا يريده[٢].

- وإن كنت أرى أن العلم المسبق بالضرر من جانب المضرور (الدائن بالالتزام)، واستمراره فى إتيان الفعل يعتبر بمثابة رضاء ضمنياً على قبوله. الأمر الذى يكون من شأنه تخفيف مسئولية المدعى عليه (المدين بالالتزام) وليس الإعفاء منها كلية، وخاصة وإذا كان الالتزام المدين به، فى طبيعته التزاماً ببذل عناية، فالمريض الذى يقدم على إجراء جراحة ما، وهو يعلم بالضرر الذى يمكن أن ينتج عن الجراحة والمخاطر الذى يمكن أن تنتج عنها ومنها خطأ الجراح فى إجرائها، وهو فى نفس الوقت غير راض عن إلحاق الضرر به، فإن مسئولية الجراح فى حالة إرتكابه الخطأ الجراحى الذى نتج عنه ضرراً بالمريض يجب أن تراعى فيها علم المريض بخطورة الجراحة مسبقاً حيث يعتبر العلم بالضرر مسبقاً بمثابة اتفاقاً ضمنياً بالمشاركة فى تحمل جانب من الضرر وبالتالى يكون ذلك بمثابة عنصراً مخففاً لمسئولية الجراح وليس معفياً منها كلية.

---

(١) د/ محمد حسين الشامى، مرجع سابق، ص ٢٧٩ بند ١٩٩ مكرر - د/ عبدالرزاق السنهورى، مرجع سابق، الوسيط جـ١ ص ٨٨٥ فقرة ٩٤ وما بعدها - د/ أنور سلطان، مصادر الالتزام، ص ٣٣٩ فقرة ٥٠٢.

(٢) انظر د/محمد حسين الشامى، مرجع سابق، ص ٣٧٩ بند ١٩٩ مكرر.

- أما فى حالة رضاء المضرور بالضرر: فإن جانب من الفقة ذهب إلى اعتباره فى حكم الخطأ العمدى من جانب المضرور، الذى يتسغرق خطأ المدين بالالتزام وبالتالى تنتفى مسئولية المدين(١) .

وذهب جانب اخر من الفقه نؤيده إلى أن رضاء المضرور فى هذه الحالة يخفف من مسئولية المدعى عليه، فلا يسأل مسئولية كاملة، كما أنه لا يستطيع أن يتخلص من المسئولية كلية استناداً إلى رضاء المضرور(٢) .

خاصة: أنه فى حالة رضاء المضرور بالضرر قد لا يصدر منه أى فعل يساهم به فى الضرر، إنما الضرر قد وقع من فعل المدعى عليه أو عدم التزامه بتنفيذ الالتزام، فلو أخذنا بالرأى الأول فى هذه الحالة والذى يرى إعفاء المدين بالالتزام (المدعى عليه) لمجرد رضاء المضرور لأدى ذلك إلى الإخلال بمبدأ العدالة والمساواة بين الطرفين ولذا نرى مع جمهور الفقهاء بأن رضاء المضرور يعتبر فى حكم الشريك المساهم فى الضرر وبالتالى يشارك فى تحمل المسئولية وتخفيفها عن المدعى عليه (المدين بالالتزام) ولا ينفيها عنه كلية وخاصة أنه صدر من المدعى عليه فعلاً - إيجابياً أو سلبياً - ترتب عليه الضرر للمضرور، علاوة على أن مبدأ حسن النية فى تنفيذ الالتزام يستوجب عدم الإضرار بالغير أو بطرف الالتزام الآخر، وهو ما يؤيد حكم أصحاب الرأى الثانى.

ثالثاً: الصورة الثالثة: أن يكون أحد الخطأين نتيجة خطأ الآخر:

بمعنى أن خطأ المدعى عليه نتيجة خطأ المضرور، والعكس صحيح، وبالتالى فإذا:

(أ) استغرق أحد الخطأين الآخر: فإن المسئولية تقع كاملة على الطرف الذى استغرق خطؤه خطأ الطرف الاخر، ولقد ذكر الفقهاء أمثلة

---

(١) انظر فى هذا الرأى د/عبدالناصر العطار، مرجع سابق، ص ٢٧٧ فقرة ١٦١.

(٢) د/ عبدالرزاق السنهورى، الوسيط جـ١ ص ٨٨٣ فقرة (٥٩٤)، د/ أنور سلطان، مصادر الالتزام، ص ٣٣٩ فقرة ٥٠٢.

على تلك الصورة تتمثل في الآتي:

«أن يركب شخص مع صديق له فيسوق بسرعة هذا الصديق سيارته بسرعة فيفزع الراكب ويأتي بحركة خاطئة ترتب عليه ضرره، هنا يستغرق خطأ المسئول خطأ المضرور»[1] وعلى ذلك لا يحق للمدعى عليه «المدين بالالتزام» أن ينفى مسئوليته بإثبات خطأ المضرور، لأن خطأ - المضرور لم يكن إلا نتيجة لخطأ المدعى عليه نفسه.

ب) أما إذا استغرق خطأ المضرور خطأ المدعى عليه "المدين بالالتزام" فإن هذا المدعى «المدين بالالتزام» يعفى من المسئولية ومثال ذلك: كما لو ذكر المريض للطبيب أعراضاً غير صحيحة فوصف الطبيب له علاجاً للأعراض المذكور فسادت حالة المريض، فلا مسئولية على الطبيب، لأن خطأه كان نتيجة خطأ المضرور.

وكذلك «أن يقفز شخص من حوض السيارة إلى الأرض - أثنا السير العادى - دون أن يعلم السائق ويصاب بضرر، فلا مسئولية على السائق»[2] وفي الأمثلة المذكورة لا نكون بصدد مسئولية الطبيب أو مسئولية السائق لانعدام رابطة السببية ما بين خطأ الطبيب والضرر، خطأ السائق والضرر فانتفت مسئوليتهما إذا اعتبر خطأ المضرور هو وحده السبب في وقوع الضرر[3] .

وقد أكدت هذا المعنى محكمة النقض[4] بقولها: «من المقرر أن خطأ المجنى عليه يقطع رابطة السببية متى استغرق خطأ الجاني، وكان كافياً بذاته لإحداث النتيجة - وتقدير توافر رابطة السببية بين الخطأ والنتيجة أو

---

(١) انظر فى المثال: د/محمد حسين الشامى، مرجع سابق، ص ٢٨١ بند ٢٠١.

(٢) ذكر المثال: د/محمد حسين الشامى، مرجع سابق، ص ٣١٨ بند ٢٠١.

(٣) د/عبدالرزاق السنهورى جـ١ ص ٨٨٧ فقرة ٥٩٥ - د/ عبدالناصر العطار، مصادر الالتزام ص ٢٢٧ فقرة ١٦١، د/ عبدالرشيد مأمون، علاقة السببية ص ٨٢ وما بعدها.

(٤) نقض جنائي بتاريخ ١٩٦٦/٤/٢٥م، مجموعة أحكام النقض (جنائى)٩ س ١٧ ص ٤٧٥.

عدم توافرها هو من المسائل الموضوعية التى تفصل فيها محكمة الموضوع بغير معقب عليها ما دام تقديرها سائغاً مستنداً إلى أدلة مقبولة ولها أصلها فى الأوراق».

كما قضت أيضاً فى حكم لها بأن «الأصل أن خطأ المضرور لا يرفع المسئولية وإنما يخففها، ولا يعفى المسئول من هذا الأصل إلا إذا تبين من ظروف الحادث أن خطأ المضرور هو العامل الأول فى إحداث الضرر الذى أصابه، وأنه بلغ من الجسامة درجة بحيث يستغرق خطأ المسئول»(١) .

أما الفرض الثانى: فهو اشتراك المدعى عليه والمضرور فى الخطأ (الخطأ المشترك):

يقصد بالخطأ المشترك: أن يصدر عن كل من المدعى عليه، والمضرور خطأ مستقل، ويشترك الخطآن فى إحداث الضرر ون أن يستغرق خطأ أحدهما خطأ الآخر.

ومثال ذلك: كما لو تصادمت سيارتان، وأصيبت السيارتان بتلف فى كل منهما، نتيجة الخطأ المشترك لكلا السائقين، فهنا يلزم على كل منهما تعويض الآخر، بقدر جسامة خطئه كقاعة عامة(٢)، حيث يعتبر كل من الخطأين سبباً فى إحداث الضرر وعليه فإن كلا من المدعى عليه والمضرور يكونان مسئولين بقدر جسامة خطئه، فتوزع المسئولية بينهما على هذا الأساس، إن أمكن تعيين مقدار جسامة كل خطأ من الخطأين، وإلا وزعت المسئولية بينهما بالتساوى، والزم المدعى عليه «المدين بالالتزام» بنصف التعويض المقدر»(٣) .

---

(١) نقض جنائى بتاريخ ١٩٦٨/١/٢٩، مجموعة أحكام النقض (جنائى) س١٩ ص ١٠٧.

(٢) انظر د/ عبدالرزاق السنهورى، الوسيط جـ١ ص ٨٩٢ فقرة (٥٩٦).

(٣) د/ إياد ملوكى، المسئولية عن الأشياء، ص ٢٦٥، فقرة ٢٠٩ - د/ عبدالرشيد مأمون، مرجع سابق، ص ٨٤ فقرة (٧) - د/ عبدالرازق السنهورى فى الوسيط، جـ١ ص ٨٨٨، وما بعدها فقرة (٥٩٦).

وقد نصت على هذا المعنى المادة ٢١٦ مدنى بقولها: «يجوز للقاضى أن ينقص مقدار التعويض أو لا يحكم بتعويض ما، إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك فى إحداث الضرر أو زاد فيه».

وهذا يعنى أن القاضى لا يلجأ لتوزيع التعويض بالتساوى، إلا إذا لم يتبين قدر مساهمة المشتركين فى الخطأ[1]، فالقاضى لا ينقص من حق المضرور فى التعويض إلا إذا استغرق خطأ المضرور خطأ المدعى عليه «المدين بالالتزام» وقد أكد هذا المعنى محكمة النقض[2] بقولها: «إذا كان الحكم المطعون فيه قد اعتبر أن خطأ المجنى عليه قد بلغ درجة من الجسامة ترفع المسئولية عن المسئول ولو أنه مقصر، فإنه لا يصح اعتبار المجنى عليه مخطئًا ذلك الخطأ الجسيم الذى يَجُبُّ خطأ المطعون ضده إلا إذا ثبت من أسبابه العنصر الأساسى لتكوين الخطأ الجسيم من جانب المدعى عليه» كما أنه لا يحكم على المضرور بالتعويض إذا كان خطأ المدعى عليه، «المدين بالالتزام» قد استغرق خطأ المضرور[3].

- هذا والفعل الذى يصدر من المضرور ولا يعد فعلاً خاطئًا، فإنه لا يعتبر سببًا أجنبيًا بالنسبة للمدين بالالتزام أو المدعى عليه، إلا إذا توافرت

---

(1) د/ عبدالرزاق السنهورى، الوسيط، جـ١ ص ٨٩٥ فقرة (٥٩٦).

(2) نقض مدنى فى ١٨/١٠/١٩٤٥، المحاماة ٢١ ملحق مدنى ١٤٢ - ٥٦.

(3) د/عبدالرزاق السنهورى، الوسيط، جـ١ ص ٨٩١ فقرة ٥٩٦ - وجاء فى استئناف القاهرة بتاريخ ٢٤/٣/١٩٦٤م، المحاماة ٤٥ - ١١٤٠ - ٩٢ أنه «إن خطأ الخفيرين هو الذى مهد لوقوع الجريمة، ومكن الجناة من مقارفة الجرم وهم مطمئنون، ومن ثم فلا مجال للقول بأن خطأ الجناة قد استغرق خطأ الخفيرين، إذ من المقرر فقهًا وقضاءً أن من صور الاستغراق أيضًا أن يكون أحد الخطأين هو الذى دفع إلى ارتكاب الخطأ الآخر، ومهد له، ولما كان خطأ الخفيرين - طبقًا لما استظهرته المحكمة - هو الذى مهد لارتكاب الجناية وكان منتجًا فى إحداث الضرر، وتربطه بالضرر رابطة السببية المباشرة، فإن مسئوليتهما تكون متحققة، وبالتالى تتحقق مسئولية وزارة الداخلية التى قارف تابعاها هذا الخطأ حال تأدية وظيفتهما وبسببها.....» مشار إليه لدى د/ سليمان مرقس، الوافى، مرجع سابق ص ٤٩٥ هامش ٨٧٥، ط ٥.

فيه شروط الحادث المفاجئ والقوة القاهرة (عدم إمكان التوقع والدفع ودرء النتيجة).

وقد قضت محكمة النقض أخذاً بالمعني السابق بأنه «إذا رفض المجنى عليه أن تبتر ساقه رغم أن هذا البتر كان يحتمل معه حسب رأى الأطباء نجاته، وأعقب ذلك حدوث التهاب بالساق أدى إلي الوفاة، فإنه لا يجوز للجاني محدث الإصابة أن يحتمى لدرء مسئوليته عن الوفاة وراء إحجام المجنى عليه عن تحمل بتر ساقه، وهو إجراء جراحي عظيم الخطر، فضلاً عما يسببه من آلام مبرحة تجعل المجنى عليه عذراً فى إحجامه وبالتالى تجعل هذا الإحجام مسلكاً لا خطأ فيه قبل الجانى»(١).

تعليق على الحكم السابق:

ونرى تعليقاً على الحكم السابق أن الموقف السلبى للمضرور بالامتناع عن الإجرا الجراحي والذى نتج عن عدم القيام به وفاته، لا يعتبر مبرراً للإعفاء الكلى للجاني من المسئولية، وإن كان نختلف مع الحكم فى قيامه بتحميل المسئولية كاملة للجاني، لأننا نرى أن فعل المضرور والمتمثل فى امتناعه عن إجراء العملية الجراحية ببتر ساقه ما يشكل مساهمة منه فى ازدياد جسامة الضرر الذى لحق به لأنه لو أجرى الجراحة لكان هناك احتمال لوقف الضرر حسب الرأى الراجح لدى الأطباء عند حد بتر الساق، ولكن امتناع المضرور أدى إلي ازدياد جسامة الضرر بوفاته، وبالمقابل يترتب على امتناع المضرور ازدياد العقوبة أو التعويض تجاه الجاني - حيث كان سيتحمل جبر الضرر فى حدود بتر الساق بدلا من تحمله التعويض عن الوفاة - ولذا نرى أن فى امتناع المضرور هنا هو بمثابة فعل سلبى ساهم بمقتضاه فى إحداث الضرر الذى لحق به فكان بمثابة الخطأ المشترك الذى يوجب مشاركة المضرور فى تحمل التعويض، أى المسئولية بقدر مساهمته

---

(١) انظر نقض جنائي ٢٨/١٠/١٩٤٦م، المحاماة ٢٧ ملحق جنائي ٣٢٦٥ - ١٥٢ - ومشار إليه لدى د/ سليمان مرقس، الوافى، مرجع سابق، مجلد ٢ ط ٥ ص ٤٩٧.

فى ازدياد جسامة الضرر الذى لحق به، وبالتالى فإن فعل المضرور هنا لا يعفى كلياً من المسئولية، ولكن يعفى جزئياً منها، بخلاف حكم محكمة النقض الذى رأت فى فعل الضرر عملاً مباحاً يستوجب اعفائه كلياً من المسئولية وتحميلها للجانى، وتقدير نسبة المساهمة مسألة موضوعية يختص بها قاضى الموضوع(١) .

٣٠٥) خطـ الغير:

ذهب الفقهاء إلى القول بأن المقصود بخطأ الغير الذى ينفى علاقة السببية هو ذلك الخطأ الذى يقع من شخص غير المدعى عليه - فى المسئولية التقصيرية - أو (المدين بالالتزام) - فى المسئولية العقدية - ما عدا من يسأل المدعى عليه عن إهمالهم وهم الأشخاص الخاضعين لرقابته (كالأبناء، والتابعين له كعماله)، وغير خطأ المضرور(٢) .

فإذا كان الضرر نتيجة خطأ الغير ففي هذه الحالة لا يكون المدعى عليه مسئولاً لانتفاء علاقة السببية بين خطئه والضرر.

- هذا ويذهب غالبية الفقه إلى أنه ليس شرطاً لاعتبار فعل الغير سبباً أجنبياً معفياً من المسئولية أن يكون ذلك الغير شخصاً معلوماً سواء كان فعله خاطئاً أو غير خاطئ، إذ يكفى التحقق من وقوع الضرر بفعل شخص من الغير حتى يكون سبباً أجنبياً معفياً من المسئولية، فطالما ثبت أن الضرر نتيجة خطأ الغير معلوماً كان أو مجهولاً، فإن المدعى عليه - في المسئولية التقصيرية - أو المدين بالالتزام - فى المسئولية العقدية - لا يسأل عن الضرر(٣) .

---

(١) نقض جنائي ١٩٦٨/١/٢٩، مجموعة أحكام النقض س ١٩ ص ١٠٧.

(٢) د/ محمد حسين الشامي، مرجع سابق، ص٢٨٧ بند ٢١٢.

(٣) انظر د/ عبدالرزاق السنهوري، الوسيط، جـ١ ص ٨٩٦ بند ٥٩٧ - د/عاطفالنقيب، النظرية العامة للمسئوليات الناشئة ع فعل الأشياء فى مبادئها القانونية وأوجهها أعملية - ص ٣٥٩ - منشورات - عويدات - بيروت.

وإن كان جانب آخر من الفقه[1] - لا نؤيده - قد اتجه إلى اشتراط تعيين الغير، حيث يميز أصحاب هذا الاتجاه بين حالتين:

الأولى: تلك التي يكون فيها فعل الغير خاطئًا حيث يشترط في هذه الحالة أن يكون شخص الغير معينًا تعيينًا كافيًا للتعرف عليه، لأنه في حالة عدم تعيينه يصعب الحكم بأن خطأ الغير يعتبر في ذاته سببًا أجنبيًا، وعلى ذلك إذا لم يتمكن المدعى عليه - في مجال المسئولية التقصيرية - أو المدين بالالتزام - في نطاق المسئولية العقدية - من تعيين شخص الغير، فإنه لا يجوز له دفع المسئولية عن نفسه بخطأ الغير الذي لم تعرف شخصيته[2] .

أما الثانية: فهي التي لا يكون فيها فعل الغير خاطئًا، وبالتالي فلا داعي لتعيين شخص الغير، ولكن يجب في هذه الحالة أن يقوم الدليل على انتفاء توقيع فعله وانتفاء تلافيه[3] .

ويشترط في فعل الغير لكي تنتفي به رابطة السببية بين خطأ المدعى عليه، أو المدين بالالتزام - في المسئولية العقدية - والضرر ما يأتي:

(أ) أن يكون الفعل خطأ:

بمعنى ألا يكون سلوكه متفقًا مع سلوك الشخص العادي، لأنه في حالة الاتفاق لا يشكل أي لا يعتبر هذا الفعل خطأ[4] ، ولذا لابد وأن يتضمن فعل الغير انحرافًا عن سلوك الشخص العادي، ولذا: فإنه إذا كان

---

(١) انظر د/ إبراهيم الدسوقي، مرجع سابق ص ٢٠٦ - د/ سليمان مرقس، والوافي، مرجع سابق، المجلد الثاني، ص ٤٩٨ وما بعدها بند ١٧٨.

(٢) د/ إبراهيم الدسوقي، مرجع سابق، ص ٢٠٥.

(٣) د/ إبراهيم الدسوقي، مرجع سابق، ص ٢٠٦.

(٤) نقض مدني ٢/٤/١٩٦٨م - مجموعة النقض المدنية - ١٩ - ١٠١ - ٦٨٩.

الفعل الصادر من الغير غير متوقع ولا يمكن دفعه فإنه بهذه الصفة يكون بمثابة قوة قاهرة تؤدى إلى نفى المسئولية عن المدعى عليه[١] ، ولقد اتفق هذا الاتجاه مع مضمون المادة (١٦٥ مدنى مصرى) والتى أشارت إلى الخطأ فى فعل الغير، أى باشتراط أن يكون ثمة خطأ فيما صدر عنه من عمل إيجابى أو سلبى، وإن كان هناك اتجاه آخر لا يشترط توافر صفة الخطأ فى فعل الغير، ففعل الغير ـ طبقًا لهذا الاتجاه ـ يمكن اعتباره سببًا أجنبيًا معفيًا من المسئولية سواء كان هذا الفعل خاطئًا أو غير خاطئ، أى أن فعل الغير المجرد، ينهض سببًا أجنبيًا معفيًا من المسئولية[٢] .

والراجح من وجهة نظرنا هو ضرورة اشتراط الخطأ فى فعل الغير حتى يكون سببًا معفيًا من المسئولية، وخاصة أن ذلك الاتجاه يتفق مع مضمون نص المادة (١٦٥ مدنى مصرى) والتى ذكرت خطأ الغير ولم تقل فعل الغير لكى يكون سببًا أجنبيًا معفيًا للمسئولية، علاوة على أن الأخذ فى هذا الاتجاه يتفق مع الاتجاه الذى نؤيده ـ فى توسيع نطاق المسئولية الأمر الذى يتفق معه تضييق نطاق السبب الأجنبى[٣] .

(ب) أن يكون فعل الغير هو السبب المباشر للضرر حتى تتوافر رابطة السببية بين فعل الغير الخاطئ والضرر الذى لحق بالمدعى (الدائن بالالتزام)[٤] ، بمعنى أن خطأ الغير لا يعتبر سببًا أجنبيًا تدفع به مسئولية المدعى عليه إلا إذا ثبت أنه السبب الوحيد لوقوع الضرر[٥] ، وذلك

---

(١) انظر د/ محمد لبيب شنب، دروس فى نظرية الالتزام، ص ٢٧٠ بند ٣٥ طبعة ١٩٧٦/١٩٧٧ .

(٢) د/ إبراهيم الدسوقى، مرجع سابق، ص ٢٤١ .

(٣) انظر فى هذا البحث بند ٥ مكرر.

(٤) انظر د/ محمد لبيب شنب، دروس فى نظرية الالتزام، ص ٢٧٠ بند ٣٥ سنة ٧٦/١٩٧٧م.

(5) Le Tourneau (ph): La responsabilite civil, 3 e edition 1982: N: 755.

حتى يكون بذاته سبباً يزيل التبعة عن المدعي عليه وإن لم يكن غير متوقع.

ولكن إذا ساهم خطأ الغير في إحداث الضرر مع خطأ المدعى عليه:

ففى هذه الحالة تكون العبرة بالخطأ الذى يستغرق الآخر، فصاحبه هو المسئول عن الضرر. وقد عرفنا أن الخطأ العمدى يستغرق الخطأ غير العمدى، كما أن الخطأ الأول يستغرق الأخطاء الناتجة عنه فخطأ المدعى عليه يستغرق خطأ المضرور الناتج عنه، وخطأ المضرور يستغرق خطأ المدعي عليه الناتج عنه(١) .

ـ فإذا لم يستغرق أحد الخطأين الآخر: بل ساهم كل خطأ في وقوع الضرر فعندئذ يتعدد المسئولون، فلا يسأل أحدهم عن كل الضرر وإنما يسأل كل منهم بنسبة مساهمة خطئه، وإلا وزعت عليهم المسئولية بالتساوى، إذا تعذرت نسبة هذه المساهمة.

ـ كما أن المشرع في مجال المسئولية التقصيرية قد افترض التضامن بين المساهمين في إحداث الضرر للوفاء بالتعويض لجبر ذلك الضرر الذى أحدثوه بأخطائهم، حيث أكدت هذا المعنى المادة ١٦٩ مدنى بقولها:

«إذا تعدد المسئولون عن عمل ضار كانوا متضامنين فى التزامهم بتعويض الضرر، وتكون المسئولية فيما بينهم بالتساوى، إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم فى التعويض».

ومعنى ذلك أنه إذا اشترك ثلاثة أشخاص مع المضرور فى إحداث الضرر الذى لحق بالمضرور، كان من حق المضرور أن يرجع على أحدهم أو

---

(١) انظر عبدالرزاق السنهوري، الوسيط، جـ١ ص ٨٩٧ وما بعدها بند ٥٩٨ ـ د/ عبدالناصر العطار، مصادر الالتزام ص ٢٧٨ فقرة (١٦٢) ـ د/ سليمان مرقس، المسئولية المدنية في تقنينات البلاد العربية ص ٥٠٢ فقرة (١٧٨) ـ د/ عبدالرشيد مأمون، علاقة السببية في المسئولية المدنية ص ١١٢ وما بعدها فقرة (١٠٨) ـ د/ إلياس نصيف، الموسوعة المدنية والتجارية ص ١٦٤.

كلهم متضامنين للمطالبة بثلاثة أرباع مبلغ التعويض حيث يكون نصيب كل واحد من الثلاثة (ربع) مبلغ التعويض على أساس تقسيم مبلغ التعويض على المسئولين عن الضرر بالتساوى بما فيهم المضرور، إلا إذا قدر القاضى مقدار جسامة فعل كل منهم الأربعة، وبالتالى التعويض المستحق من كل واحد منهم بقدر جسامة فعله فى إحداث الضرر الذى لحق بالمضرور[١] ، وجاز لمن وفىٰ بالتعويض نيابة عنهم أن يرجع على الآخرين كل بنسبة نصيبه فى جبر الضرر[٢] .

- ولكى يقوم التضامن بين المسئولين المتعددين يلزم أن تتوافر مجموعة من الشروط يمكن إجمالها **على الوجه الآتى**[٣] :

- أن يكون الخطأ قد وقع من كل واحد منهم.

- ضرورة توافر علاقة السببية بين خطأ كل واحد منهم والضرر الذى لحق بالمضرور.

- وحدة الضـرر الذى أحدثه كل خطأ وقع من المسـئولين، بمعنى أن يكون الخطأ الذى وقع من كل منهم قد أحدث ضرراً واحاً لحق بالمضرور. «فإذا كان أحد المسئولين أحدث الضرر كله، والآخر لم يحدث إلا جزء منه فيكونان مسئولين بالتضامن فى البعض الذى اشتركا فيه»[٤] فإذا لم يثبت أن الضرر واحد كله أو بعضه فلا تضامن[٥] .

---

(١) انظر د/ عبدالرزاق السنهورى، الوسيط، جـ١ ص ٨٩٨ بند ٥٩٩، ص ٩٠١ بند ٦٠٠.
- Mazeard (L): Obligations in solidum et solidarite entre codelleur, Revue critique, 1930. P. 1512.

(٢) د/ سليمان مرقس، الوافى، مجلد ٢ ص ٤٩٩.

(٣) د/ عبدالرزاق السنهورى، الوسيط، جـ١ ص ٩٢٥ بند ٦٢٠.

(٤) د/ السنهورى، الوسيط، جـ١ ص٩٢٥ هامش (١).

(٥) نقض جنائى بتاريخ ١٩٤٥/١/١٥، المحاماة ١٧ رقم ١٠٣ ص ٢٥٤ مشار إليه فى الوسيط للدكتور السنهورى ص ٩٢٦/٩٢٥ هامش (١).

خلاصة القول:

أنه إذا كان المضرور قد أخطأ، وساهم هو الآخر بخطئه في الضرر الذي أصابه، فإن ذلك يجب أن يراعى في تقدير مبلغ التعويض المستحق له، فلا يحكم له على الغير إلا بالقدر المناسب لخطأ هذا الغير، لأن كون الضرر الذي لحق المضرور ناشئاً عن خطأين، خطئه هو، وخطأ غيره، وذلك يقتضي توزيع مبلغ التعويض بينهما بنسبة خطأ كل منهما، وبناء على عملية تشبه المقاصة لا يكون الغير ملزماً إلا بمقدار التعويض المستحق عن كل ضرر منقوصاً منه ما يجب أن يتحمله المضرور بسبب الخطأ الذي وقع منه[١] .

(١) نقض جنائي بتاريخ ١٩٤٥/٤/٢، المحاماة ٢٧، رقم ٢٠٠ س ٤٨٦.

الفرع الثانى
الضرر

٣٠٢) تمهيد:

الضرر هو: العنصر الثانى فى المسئولية المدنية، عقدية كانت أم تقصيرية، فوقوع الخطأ لا يكفي وحده لقيام المسئولية العقدية؛ بل يجب أن يترتب على هذا الخطأ ضرر في جانب الدائن.

فإذا باع شخص لآخر سيارة، وتعهد البائع بأن يسلمها في ميعاد معين، ثم تأخر فى التسليم، فإن هذا يعتبر خطأ عقدياً، ولكن لا تتحقق مسئولية البائع إلا إذا ترتب على هذا التأخير ضرر أصاب المشترى(١) .

أولاً: تعريف الضرر:

هو الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة له سواء كان ذلك الحق، أو تلك أو المصلحة متعلقاً بسلامة جسمه أو عاطفته أو بماله أو حريته أو شرفه واعتباره أو غير ذلك»(٢) .

كما عرفه البعض بأنه «الأذي الذي يصيب المضرور فى جسمه أو ماله أو شرفه أو عواطفه»(٣) .

ويمكن لنا أن نعرف الضرر العقدى بأنه «المفسدة التى تصيب أحد المتعاقدين في جسمه أو ماله بسبب إخلال المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه أو تأخره فيه دون تدخل عامل أجنبى».

والضرر شرط ضرورى لقيام المسئولية العقدية الناشئة من إخلال المدين بتنفيذ التزامه العقدى إذ لا يكفى وقوع الخطأ من المدين أى عدم

---

(١) د/ عطاف النقيب، النظرية العامة للمسئولية الناشئة عن الفعل الشخصي الخطأ والضرر ص ٢٢٥، منشورات عويدات، بيروت ١٩٨٧، د. محمد سعيد سرحان، المسئولية العقدية ص ٣٧.

(٢) د/ سليمان مرقس، المسئولية المدنية في تقنيات البلاد العربية ص ١٤، مطبعة معهد البحوث والدراسات العربية ١٩٧١م، الوفاى مرجع سابق، ص ٥٥٢ بند ٢٨٦.

(٣) د/ السنهورى، الوسيط، جـ١ ص ٩٣٧.

وفائه بالتزامه العقدى حتى يقضي بالتعويض للمتعاقد الآخر بل لابد أن يترتب على عدم وفائه بالتزامه العقدى حتى يقضى بالتعويض للمتعاقد الآخر ضرر يلحق بالمتعاقد الآخر سواء فى ماله أو فى سمعته الأدبية، فإذا انعدم العذر لم يكن ثمة محل للتعويض(١) . وهذا ما أخذ به المشرع المصرى حيث نص فى المادة ١٦٣ مدنى على أنه «كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض».

٣٠٧) ثانيًا: نوعا الضرر:

والضرر إما أن يكون ماديًا أو أدبيًا، والتعويض عن الضرر فى المسئولية العقدية محدود المدى، فلا تعويض إلا عن الضرر المتوقع(٢) .

٣٠٨) أ- الضرر المادى:

قد يصيب الدائن فى المسئولية العقدية ضرر مادى فى ماله من جزاء خطأ المدين، كالمعير لا يستطيع استرداد الشىء المعار، وكالمودع لا يستطيع استرداد الوديعة. أو تفويت صفقة رابحة أو أى فرصة للربح المالى(٣) ، وقد عرفه البعض بأنه هو الذى يمكن تقويمه بالنقود(٤) .

الشروط الواجب توافرها فى الضرر:

١) والضرر المادى هو الأكثر وقوعًا والأغلب ويجب أن يكون واقعًا أو

---

(١) ولا يستثنى من ذلك إلا حالة التعويض عن التأخير فى وفاء التزام بسداد مبلغ من النقود. حيث يجعل القانون المدنى التعويض نسبة معينة من الفوائد هى التى اتفق عليها الطرفان في العقد بحد أقصى هو ٧٪ فإن لم يوجد اتفاق بينهما على ذلك سرت الفوائد بنسبة ٤٪ فى المواد المدنية، ٥٪ في المواد التجارية (م ٢٢٦، ١/٢٢٧ مدنى مصرى).

(٢) د/ السنهورى ـ الوجيز جـ١ ص٢٥٩.

(٣) د/ السنهورى، الوسيط جـ١ ط٣ بند ٤٤٤ ص ٩٢٧ ـ مازو فى المسئولية المدنية جـ١ بند٢٢٩ من بند ٢٣٤.

(٤) د/ سمير تناغو، المبادئ الأساسية فى نظرية الإلتزام جـ١ ص ١٧٩.

محقق الوقوع. أى أنه وقع بالفعل أو صار وقوعه مؤكداً، فلا يكفي أن يكون الضرر احتمالياً(١) .

فالضرر الواقع هو الضرر الحال الذى وقع فعلاً، أما إذا لم يقع ضرر أصلاً فلا تعويض، وإذا لم يقع الضرر في الحال فيجب أن يكون محقق الوقوع في المستقبل، فإذا تعاقد مصنع على استيراد خامات ليحضرها لوقت الحاجة، فيخل المورد بالتزامه، فالضرر هنا لا يلحق المصنع في الحال ولكن يلحقه في المستقبل عندما تنفد الخامات التى عنده ويصبح في حاجة إلى الجديد الذى تعاقد على استيراده، فللمصنع أن يرجع بالتعويض فورا على المورد.

وقد يكون الضرر محتملاً لا هو قد تحقق فعلاً ولا هو محقق الوقوع في المستقبل فإذا أحدث المستأجر بالعين المؤجرة خللاً، يخشى معه أن تتهدم العين، فالخلل ضرر حال، ولكن تهدم العين محتمل، ويعوض المؤجر عن الضرر الحال فوراً، أما الضرر المحتمل فلا يعوض عنه إلا إذا تحقق(٢).

٢) كما يشترط أن يكون مباشراً أى نتيجة طبيعية لعدم الوفاء وهو لا يكون كذلك إذا كان في وسع الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول وقد أكدت هذا الشرط المادة ٢٢١ مدني مصرى بقولها: «(١) إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو بنص في القانون، فالقاضي هو الذى يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو التأخير في الوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول».

٣) ويشترط أخيراً في الضرر الذى يسأل عنه المدين المخل بالتزامه أن يكون ضرراً مما يمكن توقعه عادة وقت العقد: إلا إذا كان عدم الوفاء

---

(١) انظر د/ سليمان مرقس الوفى، مرجع سابق ص ٥٥٤ بند ٢٢٨.

(٢) السنهورى، الوجيز جـ١ ص ٣٦٠، ٣٦١.

راجعًا إلى غش أو إلى خطأ جسيم من المدين فهنا يسأل المدين عن كل ضرر مباشر سواء كان متوقعًا أو غير متوقع وقت العقد (م ٢/٢٢١ مدنى مصرى) كما فى المسئولية العقدية(١) .

٣٠٩) ب- الضرر الأدبى:

هو الألم النفسى الذي يشعر به المضرور من جراء إصابة مادية تلحق بجسده أو بماله.

إن وقوع الضرر الأدبى فى المسئولية العقدية قليل، ذلك أن الشخص يتعاقد على شىء ذى قيمة مالية، ولكن فى بعض الحالات قد تكون للمتعاقد مصلحة أدبية فى تنفيذ العقد، فإذا أخل المدين بالتزامه لحق الدائن من ذلك ضررًا أدبيًا، فالناشر إذا نشر كتابًا لمؤلف فشوهه، فهو يصيب المؤلف بضرر مادي، ولكن المحقق أن يصيب بضرر أدبى فى سمعته، وقد يذيع الطبيب سرًا للمريض لا تجوز إذاعتها فيصيب المريض بضرر أدبى فى سمعته، والتعويض عن الضرر الأدبى واجب فى المسئولية العقدية كما هو واجب فى المسئولية التقصيرية.

وقد أكدت المادة (١/٢٢٢ مدنى مصرى) هذا المعنى بقولها: «يشمل التعويض الضرر الأدبى أيضًا، ولكن لا يجوز فى هذه الحالة أن ينتقل إلى الغير إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق، أو طالب الدائن به أمام القضاء...».

ونخلص إلى أنه لا تعويض عن الضرر غير المباشر لا فى المسئولية العقدية ولا فى المسئولية التقصيرية، وإنما يكون التعويض فى المسئوليتين عن الضرر المباشر والمتوقع(٢) .

---

(١) نقض مدنى ١٩٦٥/١١/١١، مجموعة أحكام النقض ١٦ - ١٠١٨ - ١٥٩، نقض مدنى ١٦ يونية ١٩٨٤ فى الطعن رقم ١٠٧٠ سنة ٥٢ق.

(٢) د/ السنهورى - المرجع السابق جـ١ ص ٢٦٢.

٢١٠) الضرر في الفقه الإسلامي:

عرف الأستاذ الدكتور مصطفى الزرقاء الضرر بأنه: إلحاق مفسدة بالآخرين، كما هو تعريف ابن حجر الهيثمي من الشافعية(١) .

أو هو كل إيذاء يلحق الشخص سواء كان في ماله أو جسمه أو عرضه أو عاطفته(٢) .

فهو يشمل الضرر المادي، كتلف المال، والضرر الأدبي كالإهانة التي تمس كرامة الإنسان أو تلحق به سمعة سيئة، سواء كان ذلك بالقول كالقذف والشتم، أو بالفعل الإيجابي كالضرب والترويع والإتلاف، أو بالفعل السلبي، كالامتناع عن إغاثة الملهوف، أو عن إطعام المضطر ونحوها.

كل هذه الأضرار المادية والأدبية أو المعنوية إذا كانت محققة الوقوع تستوجب الضمان في العرف المعاصر، إلا أن جمهور الفقهاء اقتصروا في تعويض الأضرار على النواحي المادية، دون المعنوية، فإنهم اكتفوا فيها بإيجاب عقوبة جنائية عليها، كحد القذف ثمانين جلدة، الثابت بالقرآن الكريم، أو التعزير، وهو عقوبة غير مقدرة في كل معصية أو جناية لا حد فيها، ومرجع ذلك إلى القاضي(٣) .

ومع هذا قرر أبو يوسف ومحمد بن الحسن أنه يجب التعويض بسبب الضرر الأدبي في حالة الألم الجسماني، فقال محمد بن الحسن: تجب حكومة عدل «أي تعويض يقدره القاضي» على الجاني بقدر ما لحق المضروب أو المجروح من الألم، وقال أبو يوسف: المجني عليه أن يرجع على الجاني بما أنفقه من ثمن الدواء وأجرة الأطباء.

---

(١) د/ محمد فوزي فيض الله، نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام ص ٨٩.

(٢) انظر د/ صبحي المحمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة جـ١ ص١٦٩ طبعة ١٩٤٨م.

(٣) د/ وهبة الزحيلي نظرية الضمان ص ٢٥ - ٢٦.

وأما تعويض الضرر لضياع المصلحة، فهو وإن لم ينص الفقهاء عليه إلا أنه يمكن للحاكم الحكم به بناء على القواعد العامة التي تنفي وقوع الضرر، وتطالب بضمان الأضرار المترتبة على الفعل بسبب تقصير أو إهمال أو عدم احتراز أو لتعارف الناس، ذلك مثل قادة «الضرر يزال» و«لا ضرر ولا ضرار في الإسلام» و «المعروف عرفًا كالمشروط شرطًا».

ومما يؤيد وجوب تعويض الأضرار عمومًا بالجزاء النقدي بدلاً من الحبس وغيره على الأضرار التي لا عقوبة مقدرة فيها شرعًا ما ثبت في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم من أمره بكسر دنان الخمر وشق ظروفها، وهدمه مسجد الضرار للمنافقين، كذا مضاعفة الغرم على سارق ما لاقطع فيه من الثمر أو من غير حرز أو عامة المجاعة، ومثل تحريق عمر وعلى رضى الله عنهما المكان يباع فيه الخمر، ونحو ذلك كثير(١) .

وقال آخرون بأن المراد بالضرر:

كل أذى يصيب الإنسان فيسبب له خسارة مالية في أمواله، سواء كانت ناتجة عن نقصها، أم عن نقص منافعها، أم من زوال بعض أوصافها ونحو ذلك، أى كل ما يترتب عليه نقص في قيمتها عما كانت عليه قبل حدوث ذلك الضرر(٢) .

• ويشترط في محل الضرر أن يكون:

١) مالاً، فلا ضمان في إتلاف ميتة، أو قطرة ماء، أو كف تراب.

٢) متقوماً، وهو الذى له قيمة شرعًا، فلا يتحقق الضرر في إتلاف خمر على مسلم أو آلات لهو، لعدم ماليتها شرعًا في حقه.

---

(١) د/ وهبة الزحيلي، نظرية الضمان ص ٢٦ ـ ٢٧.

انظر لابن القيم إعلام الموقعين عن رب العالمين؛ تحقيق محمد محى الدين عبدالحميد جـ٣ ص ٢٢، الطبعة الأولى.

(٢) انظر د/ على الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي ص ٤٦.

٣) مملوكاً: فلا ضرر ولا تعويض، في إتلاف المباحات التي لا يملكها أحد كالكلأ في منابته، والماء في منابعه، والأسمال في البحار، والطير في الهواء.

ب) محترماً: أي غير مهدر، فلا ضمان في إتلاف أموال المحاربين من أعداء المسلمين لانعدام فائدة التضمين، لانتفاء الولاية عليهم(١).

الفرع الثالث
رابطة السببية بين الخطأ والضرر

٣١١) لا يكفي أن يكون خطأ وضرر، بل يجب أيضاً أن يكون الخطأ هو السبب في الضرر، أي أن تكون هناك علاقة سببية ما بين الخطأ والضرر، فقد يكون هناك خطأ من المدين، كما قد يكون هناك ضرر أصاب الدائن، دون أن يكون ذلك الخطأ هو السبب في هذا الضرر.

مثال ذلك:

أن يقود عامل النقل المركبة التي ينقل فيها بضائع الدائن بسرعة أكبر مما يجب ولكن البضائع كانت قابلة الكسر ولم يصفها صاحبها بحيث يأمن عليها من التلف حتى لو كان عامل النقل يسير بسرعة معتدلة، فتتكسر البضائع، فيكون الضرر الذي أصاب الدائن في هذه الحالة غير ناشئ من خطأ المدين بل من خطأ الدائن نفسه(٢).

إثبات السببية:

والمفروض أن علاقة السببية ما بين الخطأ والضرر قائمة، فلا يكلف الدائن إثباتها، بل إن المدين هو الذي يكلف بنفي هذه العلاقة إذا ادعى أنها غير موجودة فعبء الإثبات يقع عليه لا على الدائن(٣).

---

(١) د/ محمد فوزي فيض الله، نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام ص ٨٩.

(٢) د/ السنهوري، الوجيز جـ١ ص ٣٦٤.

(٣) د/ عبدالودود يحيى، مرجع سابق، ص ١٥٦، بند ١٣٢.

والمدين لا يستطيع نفى علاقة السببية إلا بإثبات السبب الأجنبى(١)، وذلك بأن يثبت أن الضرر يرجع إلى قوة قاهرة أو حادث فجائى، أو يرجع إلى خطأ الدائن أو يرجع إلى فعل الغير(٢).

وقد أكدت هذا المعنى المادة ١٦٥ مدنى مصرى بقولها: «إذا ثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبى لا يد فيه، كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة، أو خطأ من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك».

ويتضح مما تقدم أن السببية ركن مستقل عن الخطأ وينعدم ركن السببية مع بقاء ركن الخطأ قائماً إذا كان الضرر لا يرجع إلى الخطأ بل يرجع إلى سبب أجنبى - كذلك ينعدم ركن السببية حتى لو كان الخطأ هو السبب ولكنه لم يكن السبب المنتج، أو كان السبب المنتج - ولكنه لم يكن السبب المباشر(٣).

٣١٢) علاقة السببية "الإفضاء" فى الفقه الإسلامى:

هو أن يكون الفعل موصلاً إلى نتيجة لا تتخلف عنه، إذا انتفت الموانع(٤).

إن الرابطة بين التعدى «الخطأ» والضرر إما مباشرة أو تسبباً، فهو الأساس الثالث للضمان إلا أنه لا ينطبق عليه معنى الركن المقصود هنا،

---

(١) انظر بحثنا «السبب الأجنبى وأثره فى تنفيذ الإلتزام» دار النهضة العربية طبعة ١٩٩٨م، ص ٧٥ بند ٦١.

(٢) ويرى بعضهم - أن المدين يستطيع أيضاً أن ينفى علاقة السببية بطريق مباشر بأن يثبت أن الضرر الذى أصاب الدائن كان سيصيبه حتى لو لم يقع من المدين عمد الوفاء بالتزامه.

انظر المسئولية المدنية فى التقنينات العربية، سليمان مرقس، ص ٤٦٦.

(٣) د/ السنهورى، الوسيط جـ١ ص ٧٧٤ - ٧٧٥.

(٤) د/ محمد فوزى فيض الله، نظرية الضمان فى الفقه الإسلامى، ص٩٦.

وهو ما يتوقف عليه وجود الشيء، وإنما هو بمعنى اشتراط عدم المانع للسبب(١).

والمباشــــــرة:

إيجاد علة التلف أي أنه ينسب إليه التلف في العرف والعادة كالقتل والإحراق ونحوهما.

والســــــبب:

إيجاد ما يحصل الهلاك عنده أي أنه لا ينسب إليه الهلاك عادة وإنما يكون شيئًا مقصوداً لتحصيل وترتيب ما ينسب إليه الهلاك.

وبعبارة أخرى المباشرة:

أن يتصل فعل الإنسان بغيره ويحدث منه التلف، كما لو جرح إنسان غيره أو ضربه فمات.

والتســــــبب:

أن يتصل أثر فعل الإنسان بغيره، لا حقيقة فعله فيتلف به، كما في عملية حفر البئر، فإن أثر الحفر وهو العمق هو الذي اتصل بمن وقع فيه فمات فالتلف لم يحدث بحقيقة الفعل وهو الحفر لأن الحفر متصل بالمكان لا بالواقع في البئر(٢).

وعرفت مجلة الأحكام العدلية كلا من الإتلاف مباشرة وتسببًا فقالت:

الإتلاف مباشرة:

هو إتلاف الشيء بالذات، ويقال لمن فعله: فاعل مباشر.

---

(١) د/ وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، ص٢٧.

(٢) د/ وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، ص٢٨.

انظر النظرية العامة للموجبات والعقود، للمحمصاني جـ١ ص ١٨٠.

والإتلاف سببًا:

هو التسبب لتلف شيء يعنى إحداث أمر فى شيء يفضى إلى تلف شيء آخر على جرى العادة، ويقال لفاعله متسبب فمن شق ظرفًا فيه سمن، وتلف السمن يكون قد أتلف الظرف مباشرة، والسمن تسببًا(١) .

فإذا وجدت المباشرة وحدها لزم الضمان مثل السرقة والإحراق والكسر والذبح ونحو ذلك.

وإذا وجد التسبب وحده، وجب الضمان بالشروط الآتية:

١) أن يحدث تعد من فاعل السبب.

٢) أن يؤدى السبب إلى النتيجة قطعًا دون تدخل سبب آخر حسب العادة.

٣) ألا يتخلل بين السبب والمسبب فعل شخص آخر وإلا نسب الفعل إليه مباشرة(٢) .

٣١٣) تعديل أحكام المسئولية العقدية:

نصت المادة ٢١٧ من القانون المدنى على حالات تعديل أحكام المسئولية العقدية بقولها:

«١) يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ والقوة القاهرة.

٢) وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسئولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم، ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسئولية عن الغش أو الخطأ الجسيم الذى يقع من أشخاص يستخدمهم فى تنفيذ التزامه.

---

(١) مجلة الأحكام العدلية: م ٨٨٧ ـ ٨٨٨، الطبعة الخامسة عام ١٣٨٨هـ.

(٢) د/ وهبة الزحيلى نظرية الضمان ص ٢٩.

٢) ويقع باطلاً كل شرط يقضى بالإعفاء من المسئولية المترتبة على العمل غير المشروع».

وبمقتضى النص السابق يمكن لطرفى الاتفاق أى العقد أن يتفقا فيه على تعديل أحكام المسئولية العقدية سواء بالتشدد، كأن يجعلا المدين مسئولا حتى فى الحالات التى يرجع فيها عدم التنفيذ إلى سبب أجنبى (الحادث المفاجئ - خطأ المضرور - خطأ الغير) (م ١/٢١٧ مدنى مصرى) وكذلك الاتفاق على جعل الالتزام بعناية التزاماً بنتيجة يتحقق الإخلال به بمجرد عدم تحقيق النتيجة المقصودة دون حاجة إلى إثبات تقصير من المدين - ومنها الاتفاق على مقدار التعويض المستحق مقدماً «أو الشرط الجزائى» بحيث يستحق هذا التعويض الاتفاقى دون حاجة إلى أن يثبت الدائن ضرراً أصابه فمن شأن الشرط الجزائى اعفاؤه من إثبات وجود الضرر خلافاً للقواعد العامة (م ١/٢١٧)(١) .

كما يمكنهما الاتفاق على تخفيف المسئولية العقدية: كأن يتفقا على إعفاء المتعاقد من أية مسئولية تترتب على عدم تنفيذ الالتزامات الواردة بالعقد ولكن الإعفاء من المسئولية العقدية لا يمتد إلى الإعفاء من المسئولية التقصيرية والتى ترجع إلى مخالفة القانون فكل اتفاق على الإعفاء من المسئولية التقصيرية يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً، كما أنه مثل هذا الاتفاق فى تعديل أحكام المسئولية العقدية لا يصل إلى الحد من الإعفاء من فعل العمد لأن هذا بالاتفاق يجعل التزام المدين معلقاً على شرط إرادى محض لأنه سيشجع المدينين على الغش، وهو غير جائز، كما يستوى مع الخطأ الجسيم الخطأ العمدى فى الحكم(٢) وذلك لأن إثبات العمد غالباً ما يكون أمراً

---

(١) د/ محمد لبيب شنب، مرجع سابق ص ٥٩.

(٢) د/ عبدالودود يحيى، ص ١٥٧ بند ١٣٣.

صعباً، ولذلك فعدم إثبات الخطأ الجسيم قرينة على توافر العمد فى الخطأ، على أنه يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من المسئولية ولو ترتب الضرر عن غش أو خطأ جسيم صادر ـ ليس من المدين ـ من شخص من الأشخاص الذين يستخدمهم فى تنفيذ التزامه (م٢١٧/٢ مدنى مصرى) ومثال ذلك اتفاق المدين الفاعل مع مالك البضاعة المنقولة على عدم مسئولية عن هلاك البضاعة أو سرقتها ولو وقع الهلاك أو حدث السرقة بسبب خطأ السائق الذى يقود السيارة المستخدمة فى النقل ولو كان هذا الخطأ عمدياً أو جسيماً(١) .

(١) د/ محمد لبيب شنب، ص٢٩٢.

المبحث الثاني
الدفع بعدم التنفيذ

٣٠٤) سنوضح في هذا المبحث تعريف وأساس الدفع بعدم التنفيذ، وشروطه وآثاره في مطالب على الوجه الآتي:

المطلب الأول
تعريف وأساس الدفع بعدم التنفيذ

٣٠٥) تمهيد:

إذا لم ينفذ أحد المتعاقدين التزامه دون أن يمنعه من التنفيذ سبب[١] أجنبي لا يد له فيه جاز للمتعاقد الآخر أن يتخذ أحد موقفين:

إما سلبي، أو موقف إيجابي.

فهو يبدأ بالإمتناع عن تنفيذ أدائه حتى ينفذ المتعاقد الآخر أداءه، وهو ما يسمى بالدفع بعدم التنفيذ أو الحق في الحبس. وهذا هو الموقف السلبي.

فإذا استمر المتعاقد في عدم التنفيذ ورأى المتعاقد الآخر أن انتظاره صار غير مجد، فإنه يلجأ إلى القضاء ليحكم له لفسخ العقد الذي يربطه بالمتعاقد معه، وهذا هو الفسخ القضائي. وهذا هو الموقف الإيجابي.

وقد يتفق الطرفان على حل الرابطة التعاقدية فيما بينهما، وهذا ما يسمى بالتقايل أو الفسخ الاتفاقي[٢].

---

(١) لم يُعرِّف القانون السبب فأدى ذلك إلى قيام نظريتين لتحديد معناه: الأولى تنظر إليه باعتباره شيئًا ماديًا يجب توافره في كل عقد، فهو الغرض المباشر الذي يقصد المتعاقد الوصول إليه والثانية تنظر إليه على أنه أمر نفسي يجب توافرها لصحة العقد، ويقصد به الغرض غير المباشر أو الغاية البعيدة التي يقصد المتعاقد الوصول إليها. انظر في هذا البحث البند رقم ٢٦٩ وما بعده.

(٢) د/ عبدالحي حجازي، النظرية العامة للالتزام جـ٢ ص١٠٩٢، مطبوعات جامعة الكويت.

٣١٦) أ- ماهية الدفع بعدم التنفيذ:

هو: حق لكل متعاقد فى عقد ملزم للجانبين فى أن يمتنع عن تنفيذ التزامه حتى يقوم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به(١) .

فهو عبارة عن وقف تنفيذ العقد من جانب أحد المتعاقدين حتى يقوم الآخر بالتنفيذ، وهو بذلك يمهد إلى تنفيذ العقد أو إلى فسخه.

٣١٧) ب- أساس الدفع بعدم التنفيذ فى القانون المدنى:

إن أساس الدفع بعدم التنفيذ هى نظرية السبب التى تقيم ارتباطاً بين الالتزامات المتقابلة في العقد الملزم للجانبين اعتباراً بأنه لا يسوغ إجبار المتعاقد على الوفاء بالالتزام الذى فرضه العقد عليه قبل أن يتحقق الغرض الذى سعى إليه عندما تعهد به، ومن هنا كان الأصل في العقود الملزمة للجانبين أو التبادلية، هو تعاصر التنفيذ، أى الالتزامات المتقابلة الناشئة عنها تنفذ فى وقت واحد(٢) .

---

(١) د/ أنور سلطان، ود/جلال العدوى، الموجز فى العقود المسماه الجزء الأول، البيع ص ١٣٥ دار المعارف، وانظر السنهورى، الوسيط جـ١ ص ٨٢٥، انظر الشواربى، الموسوعة جـ١ ص ١٥٢.

(٢) انظر د/ السنهورى، مصادر الحق في الفقه الإسلامي جـ٦ ص ٢٠٨، انظر أيضاً، د/ عبدالفتاح عبدالباقى، نظرية العقد، ص ٦٦٧ وما بعدها.

المطلب الثانى
شروط الدفع بعدم التنفيذ

٣١٨) نصت المادة ١٦١ مدنى مصرى على شروط الدفع بعدم التنفيذ صراحة بقولها: «فى العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به».

ولكى يمكن التمسك بالدفع بعدم التنفيذ يجب مراعاة الشروط التالية:

٣١٩) أولاً: يجب أن يكون العقد ملزم للجانبين:

ذلك أن الدفع بعدم التنفيذ ينحصر فى العقود الملزمة للجانبين شأنه فى ذلك شأن الفسخ.

ثم إن مثل هذا الدفع لا يستقيم إلا حيث يكون هناك التزامات متقابلة فإذا جاوزنا هذه العقود فلا يكون محل للتمسك بالدفع لعدم التنفيذ.....(١).

ومن أمثلته كل من عقد البيع ـ الإيجار، الرهن... إلخ فهذه العقود تولد التزامات فيها على كلا الطرفين طرف له حقوق فى الطرف الآخر وعليه التزامات للطرف الآخر، أما البائع عند البيع له حق فى الثمن وعليه التزام بنقل ملكية الشىء المبيع، والمشترى له حق فى تملك الشىء المبيع وعليه التزام بنقل ملكية الثمن للبائع.

٣٢٠) ثانيًا: أن تكون الالتزامات المتقابلة مستحقة الأداء. ويخل أحد المتعاقدين بالعقد:

إن الدفع بعدم التنفية يفترض وجود التزامات متقابلة مستحقة الأداء، أى يوجد تعاصر فى تنفيذها، فإذا كان أحد الالتزامات المتقابلة قد أصبح

---

(١) انظر السنهورى الوسيط جـ١ ص ٨٠٢ وما بعدها. وانظر الشواربى الموسوعة المدنية والتجارية والإجرائية جـ١ ص ٢٥٤ وما بعدها. وانظر عبدالمنعم البدراوى النظرية العامة للإلتزام جـ٢ ص ٢٠٥ وما بعدها. دار النهضة العربية، وانظر عبدالحى حجازى، النظرية العامة للإلتزام جـ١ ص ١٠٩٥، مطبوعات جامعة الكويت.

التزاماً طبيعياً كما لو سقط بالتقادم، فإن الدفع بعدم التنفيذ لا يجوز؛ لأنه غير واجب الأداء.

ومن جهة أخرى لا يصح التمسك بهذا الدفع إذا كان الالتزام المقابل غير مستحق؛ كأن يقترن بأجل، فالبائع مثلاً لا يحق له حبس العين المبيعة إذا كان الثمن مؤجلاً، والأجل الذى لا يجوز فيه التمسك بالدفع لعدم التنفيذ هو الأجل المحدد الذى يتقرر بمقتضى الاتفاق، أما إذا كان الأجل عبارة عن نظرة إلى ميسرة منحها القاضي للمدين، فإنه لا يحول ذلك دون إمكان التمسك بالدفع، وإذا كان العقد يوجب على أحد المتعاقدين للتنفيذ قبل المتعاقد الآخر، فلا يحق له التمسك بالدفع، وإنما يجب عليه أن ينفذ دون أن ينتظر التنفيذ من الآخر(١) .

أما بالنسبة لعقود المدة، وعلى وجه الخصوص العقود التى تتضمن أداءات دورية - مثل عقد التوريد - يتعين عليه تقديم الأداء الذى يكون السابق فى التنفيذ التزامه، ولذا يمتنع عليه الدفع بعدم التنفيذ، إلا إذا كان الالتزام المقابل للأداء الأول لم ينفذ بالرغم من حلوله فيجوز الامتناع عن تنفيذ الأداء التالى.

والأصل: هو عندما يكون التزامات كلا المتعاقدين حالة الأداء، فإن تنفيذها يجب أن يكون فى وقت واحد. إذا تأخرا فى تنفيذ الالتزامين المتقابلين كان لكل متعاقد من المتعاقدين أن يتمسك فى مواجهة الآخر بالدفع بعدم التنفيذ، ولا مخرج من هذا الموقف السلبى إلا بالتجاء أحد المتعاقدين إلى القضاء، وفى هذه الحالة يحكم القاضى على كل منهما بإيداع ما التزم به خزانة المحكمة، أو تحت يد شخص ثالث، ما لم يكن المدعى عليه متعنت فى مسلكه، فيحكم عليه بتنفيذ التزامه دون تعليق ذلك(٢).

(١) د/ السنهورى، مصادر الحق فى الفقه الإسلامى، جـ٦ ص ٢٠١ وما بعدها.

معهد البحوث والدراسات العربية ١٩٦٨م.

انظر د/ عبدالحى حجازى النظرية العامة للإلتزام، جـ٢ ص ١٠٩٥.

(٢) د/ السنهورى، انظر الوسيط جـ١ ص ٨٤١ وما بعدها.

ولكن قد يقضى الاتفاق أو توجب طبيعة بعض العقود أن يبدأ أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته، قبل المتعاقد الآخر، رغم أن التزامات الطرفين مستحقة الأداء، وفي هذه الحالة لا يجوز به لمن كان مكلفًا بالبدء في التنفيذ أن يمتنع عن هذا التنفيذ حتى ينفذ المتعاقد معه التزامه، بل يتعين عليه أن يفي بما التزم به دون انتظار لوفاء المتعاقد الآخر بالتزامه(١) ومثالها العقود الدورية عقد التوريد وهو من العقود التي تتضمن أداءات دورية يتعين على المورد أن يقوم بتقديم الأداء أولاً أي ينفذ التزامه أولاً، ولذا يمتنع عليه الدفع بعدم التنفيذ، إلا إذا كان الالتزام المقابل للأداء الأول لم ينفذ بالرغم من حلوله، فيجوز الامتناع عن تنفيذ الأداء التالى ـ كما ذكرنا سابقًا ـ وكذلك الحال في عقود العمل وعقد المقاولات حيث يلزم العامل بأداء العمل المطلوب أولاً، ويلتزم بعد ذلك صاحب العمل بأن يفي له بالأجر وبالتالي لا يجوز للعامل أن يمتنع عن تنفيذ التزامه حتى يستوفى أجره مقدماً(٢) .

(٤٢١) ثالثًا: ألا يسيء المتمسك بالدفع استعماله:

يجب على من يتمسك بهذا الدفع ألا يتعسف في استعماله فالقاعدة العامة «وجوب مراعاة حسن النية عند تنفيذ العقود» فلا يجوز للمتعاقد المتمسك بهذا الدفع أن يتمسك به إذا كان هو المتسبب في عدم تنفيذ الالتزام المقابل، ومن جهة أخرى فلا يتمسك بالدفع إذا كان ما بقي من الالتزام المقابل دون تنفيذ يسيراً بالنسبة لما تم تنفيذه إلا أنه يستطيع المتعاقد الآخر أن يمتنع عن تنفيذ جزء من الالتزام مقابل الجزء الذى لم ينفذ، وتفريعاً عن هذا الشرط لا يجوز للمشترى، وهو دائن بالضمان أن يمتنع عن دفع الثمن إذا لم يكن هناك سبب جدى يبرر خشية وقوع التعرض

= انظر د/ حسين محمد عواجي، انحلال العقد في الشريعة الإسلامية والقانون ص ٧٥، مؤسسة الأنوار للطباعة.

(١) نقض مدنى ٣١ مايو ١٩٦٦، مجموعة أحكام النقض ١٧ ـ ٧٠ ـ ٥٠٤.

(٢) د/ محمد لبيب شنب ص ٢٩٤.

له، وتطبيقاً لهذه الفكرة، فلا يجوز للمتعاقد أن يمتنع عن تنفيذ التزام أساسي في العقد حتى يقوم الآخر بتنفيذ التزام ثانوي يكون قليل الأهمية بالنسبة للالتزام الأول(١) .

٣٢١ مكرر) كيفية استعمال الدفع بعدم التنفيذ:

١) لا يشترط التمسك بهذا الدفع ضرورة الأعذار؛ لأن استعمال الدفع تنفي معني الأعذار؛ لأنه يعني أن المتمسك بالدفع ممتنع عن تنفيذ التزامه، وفي ذلك أعذار كاف المتعاقد الآخر بضرورة المبادرة بتنفيذ التزامه المقابل.

٢) ليس هناك حاجة إلالتجاء إلى القضاء للتمسك بالدفع، فأمر الدفع موكول إلى تقدير المتمسك به، وفي هذا يختلف عن الحق في الفسخ، حيث يخضع السلطة التقديرية للقضاء.

ولكن يقتضي الأمر الالتجاء إلى القضاء، وذلك عندما ينكر أحد الطرفين على الآخر موقفه في التمسك بالدفع، كأن يدعى مثلاً أنه من جانبه قد نفذ التزامه كاملاً أو نفذ معظمه، وعندئذ يقدر القاضي موقف المتمسك بالدفع فيقره أو لا يقره(٢) .

٣) إذا حدث وتمسك كل من طرفي العقد بالدفع وامتنعا عن تنفيذ التزاماتهما حتى يقوم المتعاقد الآخر بالتنفيذ ابتداء من ناحيته، عندئذ يجب اللجوء إلى إجراءات العرض الحقيقي والإيداع له، وعندئذ يتم تنفيذ الالتزامين في آن واحد(٣) .

---

(١) نقض مدني ١٠ مايو ١٩٦٦، مجموعة أحكام النقض ١٧ ـ ١٤١ ـ ١٠٤٠.

(٢) انظر د/ السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي جـ٦ ص ٢١١. انظر د/ السنهوري، الوسيط جـ١ ص ٨٣١ وما بعدها. انظر د/ أحمد شوقي محمد عبدالرحمن، النظرية العامة للالتزام ص ١٥٠ وما بعدها، الطبعة الثانية عام ١٩٨٨، انظر الشواربي، الموسوعة المدنية جـ١ ص ١٥٤. د/ عبدالمنعم البدراوي، النظرية العامة للالتزامات جـ٢ ص ٢٠٨.

(٣) د/ الشواربي، الموسوعة المدنية، جـ١ ص ١٥٦. انظر د/ رمضان أبو السعود، مبادئ الالتزام ص ٣٢٥ طبعة عام ١٩٧٧.

٢٢٣) شروط الدفع بعدم التنفيذ في الفقه الإسلامي:

أن المستقرئ للتطبيقات العملية فى العقود المختلفة، فإنه يستبين من خلالها أن هذه الشروط تتلخص في ثلاثة شروط:

الأول: أن يكون الامتناع عن الوفاء بصدد عقدين من عقود المعاوضات:

فيشترط أن يكون ثمة عقد معاوضة حتى يمكن التمسك بالامتناع من الوفاء، كعقد البيع وعقد الإجارة، وغير ذلك من عقود المعاوضات، فقد قرر فقهاء الحنفية أن ثمة فروقًا بين الأجير الذى يكون لعمله أثر فى العين كالخياط، والقصار، وبين من لا يكون لعمله هذا الأثر كالجمال، فالأول له حق حبس العين ـ الثوب ـ حتى يستوفى الأجرة كاملة؛ لأن ذلك الأثر هو المعقود عليه وهو صيرورة الثوب مخيطاً والعمل يحصل ذلك الأثر عادة، والبدل يقابل ذلك، فكان كالمبيع فله أن يحبسه فى استيفاء الأجرة، أما الثاني فليس له أن يحبس المستأجر منه للاعتبارات السابقة(١).

بينما ذهب المالكية والشافعية: إلى أن حبس العامل ـ الأجير ـ للعين بعد العمل حتى يستوفي الأجرة هو حق مطلق له دون تفرقة بينما إذا كان لعمله أثر فى العين من عدمه(٢).

الثانى: أن يكون الالتزام الذى يدفع بعدم تنفيذه مستحق الأداء:

فقد اشترط الفقهاء لإمكانية الامتناع عن الوفاء مؤقتًا فى مواجهة من عليه الوفاء فى عقود المعاوضات أن يكون الوفاء حالاً.

وقد ظهر هذا الشرط منصوصاً عليه فى المذاهب جميعها، سواء من حيث منها أحد أطراف العقد البدء بالوفاء، أو طلب الوفاء منهما [illegible] إجبار الممتنع منهما بمعنى أن يكون الوفاء بالالتزام أصبح حالاً لا يحول دون إمكانية تنفيذه شيء، وذلك الحلول للوفاء قد يتحدد بشرط كأن يشترط

---

(١) البدائع للكاساني، جـ٤ ص ٢٠٤، طباعة عام ١٣٢٨هـ.

(٢) انظر المدونة الكبرى للإمام مالك جـ٣ ص ٤١٤، وانظر مرشد الحيران م/٤٥٤ ـ ٤٥٩.

المتعاقدان كون الأداء حالاً فى البيع مثلاً، أو الأجرة معجلة فى الإجارة، أو اشتراط كون الصداق حالاً جميعه فى النكاح.

وقد يطلق العقد عن شرط التعجيل فيحمل الإطلاق على التعجيل لأنه مستفاد من المعاوضة التى تقتضى المساواة والتى لا تتحقق إلا بالأداء الحال فى زمن واحد ما لم يصرفها أجل، وإما أن يتحدد الحلول بمقتضى العرف والعادة فى ذلك المكان «مكان الوفاء» كأن يقضى بإعطاء جميع الثمن أو بعض معين منه مقسطاً فينصرف الإطلاق إلى ذلك، أو كانت طبيعة العقد تقتضى بالوفاء بطريق مخصوص.

فإذا لم يشترط التعجيل ـ ولم يكن هناك عرف أو قضت طبيعة العقد بوفاء خاص، حمل الإطلاق على التعجيل(١) .

الثالث: عدم اساءة استعمال حق الامتناع عن الوفاء:

فالفقه الإسلامي يمنع التعسف في استعمال الحق أيا كان نوعه، ويستنتج من أقوال فقهاء المسلمين أن اقتضاء الحق فى المعاوضات أقيم على أساس شرط «دلالى مفترض» فمن باع شيئاً فقال للمشترى لا أدفع الثمن حتى أقبض ما ابتعت، وقال البائع لا أدفع حتى أقبض، أجبرا على دفع المبيع والثمن معاً لأنه ليس لأحدهما من حق بالإنصاف والإنتصاف من الآخر وبيد كل واحد منهما حق للآخر.... فلا يجوز أن يخص أحدهما بالتقديم وفعل ذلك جور وحيف(٢) .

---

(١) البدائع جـ٤ ص ٢٠٥، وانظر مرشد الحيران في م/٢٥١، جاء فيها «المبيع المطلق ينعقد معجلاً» انظر الشرح الكبير للمقدسى جـ٤ ص ١١٤.

(٢) المحلى لابن حزم جـ٨ ص ٤٠٨، مسألة رقم ١٤٣٩ – وانظر فى باب الشرط الدفع بعدم التنفيذ، محمد نجيب المغربى، رسالة ماجستير جامعة الأزهر ص ١٥٩ ـ ١٧٨.

أيضاً انقضاء العقد بالالغاء والرجوع ـ د/ إسماعيل شاهين/ رسالة دكتوراه ص ٤٣ ـ ٤٨، جامعة الأزهر.

المطلب الثالث
الأثر المترتب على الدفع بعدم التنفيذ

٣٢٤) إن الدفع بعدم التنفيذ هو وسيلة من وسائل جبر المتعاقد على التنفيذ وضمانه من ضماناته، ثم هو أيضاً وسيلة لتحقيق المساواة والعدالة بين طرفى العقد، بحيث لا يجد أحدهما نفسه مضطراً إلى تنفيذ العقد فى حين أن الطرف الآخر لا يقوم بتنفيذه، ولما كان الدفع قد يقصد به حماية المتعاقد الآخر ورعاية مصلحته، فإنه يجوز له أن يتنازل عنه[1]، فإذا توافرت شروط الدفع بعدم التنفيذ فإن المتمسك بالدفع لا يجبر على تنفيذ التزامه؛ بل يبقى هذا الالتزام موقوفاً، وهذا على خلاف الآخر فى الفسخ، إذ يؤدى فى هذا الأخير إلى زوال الالتزام، بينما يكون العقد فى الدفع بعدم التنفيذ موقوفاً.

ومن ثم فإن الدفع بعدم التنفيذ كل لا يتجزأ، فيجوز الاحتجاج به ولو حصل تنفيذ جزئى للإلتزام الذى يدفع بعدم تنفيذه، وإن كان حسن النية يوجب على العاقد أن يقصر الدفع على جزء من التزامه يقابل الجزء الذى لم ينفذ من الالتزام الآخر، ما دام يمكن تجزئته، وعلى ذلك لا يكون الدفع سوى أثر مؤقت وهو وقف تنفيذ العقد فترة من الزمن[2].

وسوف نتعرض لآثار الدفع فى النقاط التالية:

٣٢٥) أولاً: أثره فيما بين المتعاقدين:

لا يترتب على الدفع بعدم التنفيذ إذا توفرت شروطه، انقضاء الالتزام وإنما فقط إلى وقف تنفيذه ووقف التنفيذ، وهذا لا يؤثر على الالتزام؛ بل يبقى كما هو دون نقص فى مقداره، ومثال ذلك أن يقف البائع تنفيذ التزامه بنقل الملكية حتى يدفع المشترى الثمن[3].

(١) الشواربى، الموسوعة المدنية ص ١٥٦.

(٢) انظر الشواربى الموسوعة المدنية ص ١٥٧، انظر د/ السنهوري، الوسيط جـ١ ص٨٢٥ وما بعدها.

(٣) د/ السنهورى، الوسيط جـ١ ص ٨٢٥.

وحيث أن الموقوف يختلف من حالة إلي أخرى فسنعالج كل حالة على حدة:

أ) في العقود الفورية:

إذا كان الالتزام الموقوف هو التزام بنقل حق عيني في عقد البيع، فإن التمسك بالدفع بعدم التنفيذ إذا توفرت شروطه، لا يجبر على تنفيذ التزامه؛ بل يبقى الالتزام موقوفاً حتى يعرض المتعاقد الآخر تنفيذ الالتزام المقابل.

ب) في الإلتزام بعمل:

إذا كان محل الالتزام القيام بعمل فالتمسك بالدفع بعدم التنفيذ لا يؤثر على الإلتزام؛ بل يبقى قائماً مثاله: التزام مقاول بإقامة مبنى، كان للمقاول أن يتوقف عن أعمال البناء، ويقتصر هذا الدفع على الوقف، فلا يزول الالتزام، غير أن هناك صور لا يتصور فيها وقف تنفيذ الالتزام؛ لأن طبيعتها لا تقبل الوقف كما في بعض صور الالتزام بالامتناع عن عمل، وهذه الصور هي:

١) إذا كان الالتزام بالقيام بعمل واجباً في وقت معين:

متى ما كان محل الالتزام القيام بعمل معين في وقت معين، وفات الغرض المقصود منه، فإن وقف الملتزم تنفيذ التزامه في الوقت المعين يكون بمثابة فسخ، مثل أن يتعهد صانع بإنجاز مصنوعات لعرضها في معرض عام، فإن وقف الصانع تنفيذ التزامه إلى أن يفوت ميعاد العرض بسبب أنه لم يستوف الأجرة، فإن له ذلك، ولكنه يعتبر وقفه هذا بمثابة فسخ للعقد[١].

٢) في الإلتزام بالامتناع عن عمل:

إذا كان الالتزام محله الامتناع عن عمل، فإن الدفع بعدم التنفيذ فيه يعتبر بمثابة فسخ للعقد مثلاً: التزام تاجر بالكف عن مباشرة عمل من

---

(١) انظر د/ السنهوري، الوسيط جـ١ ص ٨٣٦ ـ ٨٣٧، وانظر السنهوري، الوجيز جـ١ ص ٢٨٨، أيضاً د/ عبدالمنعم البدراوي، النظرية العامة للالتزامات جـ٢ ص ٢١٤ وما بعدها.

أعمال التجارة في مكان معين منعاً للمزاحمة، فإن للتاجر أن يباشر التجارة في المكان إذا لم يدفع له الآخر الأجرة، ويعتبر ذلك بمثابة فسخ العقد، ومن ثم تترتب عليه الآثار التي تترتب على الفسخ.

٢) إذا كان الالتزام يقوم على الاعتبار الشخصي:

إذا كان محل الالتزام يقوم على الاعتبار الشخصي، فإن الدفع بعدم التنفيذ يعتبر بمثابة الفسخ للعقد، كما إذا تعهد رسام بالامتناع عن الرسم مقابل مبلغ معين، فإن تأخر المدين عن دفع المال وهى الأجرة لا يسع الرسام إلا العودة إلى الرسم، ويكون ذلك منه فسخ للعقد لا وقفاً له؛ لأن طبيعة الالتزام لا تتحمل الوقف.

جـ- أثر التمسك بالدفع في العقود الزمنية:

ليس هناك ما يمنع من التمسك بالدفع بعدم التنفيذ في العقود الزمنية، ففي عقد الإيجار يجوز للمستأجر أن يمتنع عن دفع الأجرة عن المدة التي حرم فيها الانتفاع بالعين المؤجرة، وكل وقف في تنفيذ التزام المؤجر يحدث نقصاً في مقدار هذا الالتزام، فإذا تأخر المستأجر عن دفع الأجرة فتمسك المؤجر بالدفع بعدم التنفيذ، ومنع المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة مدة من الزمان، اعتبر المؤجر أنه لم ينفذ نهائياً لا مؤقتاً(١).

٣٢٦) ثانياً: أثر الدفع بعدم التنفيذ بالنسبة للغير:

الدفع لا يقتصر أثره على العاقدين فحسب؛ بل يستطيع من يتمسك بالدفع الاحتجاج به في مواجهة الغير.

فإذا تأخر المشتري عن دفع الثمن، فيتمسك البائع بالدفع، ويحبس العين المبيعة، فكل من كسب حقاً من المشتري على العين المبيعة بعد التمسك

---

(١) عبدالمنعم فرج الصدة - محاضرات في القانون المدني - فقرة ٢٨٨، مطبعة دار النهضة العربية.
انظر السنهوري الوسيط جـ١ ص ٨٣٤.
انظر عبدالحي حجازي، النظرية العامة للالتزام جـ١ ص ٩٦-١٠.

بالدفع يسرى في حقه الدفع، فإذا باع المشترى العين إلى مشتر ثان أو رهنها لدائن مرتهن، جاز للبائع أن يبقي حابساً للعين في مواجهة المشترى الثاني، أو الدائن المرتهن(١) .

ويمكن تعليل ذلك، بأن المشترى لم ينقل إلى خُلفه حقوقًا أكثر مما له وقد كانت حقوقه خاضعة لحق البائع في حبس العين، فتنتقل هذه الحقوق إلى الخلف خاضعة لهذا الحق، ولا يستطيع المشترى أن ينقل حقًا لا يملكه، وفاقد الشيء لا يعطيه.

كما أنه لا يسرى الدفع في حق الغير إذا كان هذا الغير قد كسب حقه قبل ثبوت الحق في التمسك، فإذا فرض أن شخصاً بعد أن رهن منزلة رهنًا رسميًا، سلمه إلى مستأجر بعقد إيجار غير ثابت التاريخ، ثم باعه، وأراد المشترى تسلم المنزل قبل انتهاء عقد الإيجار، فإن للمتساجر، أن يرجع بالتعويض على المؤجر فحسب، وأن يحبس العين في مواجهة المشترى، ولكن حقه في الحبس لا يسرى في مواجهة الدائن المرتهن؛ لأن حق الرهن قد ثبت قبل ثبوت الحق في الحبس(٢) - بمعنى - أن للمستأجر إذا كان إيجاره غير ثابت التاريخ أن يحبس العين لا ضد المؤجر فحسب؛ بل أيضاًضد المشترى المؤجر، حتى يستوفى التعويض المستحق له على المؤجر لخروجه من العين المؤجره(٣) .

٣٢٧) آثار الامتناع عن الوفاء في الفقه الإسلامي:

أن الأثر الرئيسي للامتناع عن الوفاء في الفقه الإسلامي بما أوجبه العاقد على نفسه يكمن في أنه يجعل آثار العقد موقوفة دون أن يؤثر ذلك

---

(١) د/ أنور سلطان، الموجز في مصادر الالتزام ص ٢٨٩، الناشر منشأة المعارف بالأسكندرية.

(٢) انظر د/ السنهوري - الوسيط - جـ١ ص ٨٣٥ وما بعدها، الشواربي - الموسوعة المدنية جـ١ ص١٥٦، د/ السنهوري - مصادر الحق جـ٦ ص ٢١٣ - ٢١٤.

انظر د/ عبدالمنعم البدراوي، النظرية العامة للالتزامات جـ٢ ص ٢١٥ وما بعدها.

انظر د/ السنهوري، الوجيز شرح القانون المدني جـ١ ص ٩٠٨ وما بعدها.

(٣) د/ السنهوري، مصادر الحق جـ٦ ص ٢١٥.

فى وجود الالتزام نفسه، إذ «أن كتابة العقد المبيع قبل القبض موقوفه... وإن نفذه نفذت»(١) .

ويلاحظ أن العقد الذى يدفع بعدم تنفيذه هو عقد صحيح نافذ لازم - تبعًا لطبيعته - غير أن آثاره قد توقفت، ومن ثم فالامتناع عن الوفاء يختلف فى إسباغ الوصف الشرعى لأثره وهو : «وقف تنفيذ آثار العقد» عن العقد الموقوف وأثره؛ لأن الأخير عقد غير نافذ كما أن له اصطلاحه المعروف الذى لا ينسحب على غيره لاختلاف كل منهما فى الخصائص والآثار ووقف تنفيذ آثار العقد على هذا النحو للإمتناع عن الوفاء يختلف باختلاف سبب هذا الامتناع.

فإذا كان سبب الإمتناع عن الوفاء هو عدم تنفيذ المتعاقد الآخر لالتزامه المقابل، فإن وقف تنفيذ اثار العقد يظل قائمًا حتى يقوم المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه، وإلا كان للأول - فضلاً عن الامتناع عن الوفاء - أن يطلب فسخ العقد، أو يجبرا معًا على التنفيذ العينى حيث لا يجوز أن يخص أحدهما بالتقديم(٢) .

وإذا كان سبب الامتناع عن العقد «الخيار فى العقد» فإن وقف تنفيذ آثار العقد يظل قائمًا طيلة فترة الخيار، أو حتى حلول الأجل إذا كان من العقود المضافة إلى أجل(٣) ... وهكذا.

---

(١) المدونة الكبرى للإمام مالك جـ٢ ص ١١٤، والشرح الكبير لابن قدامة المقدسى جـ٤ ص١٢٤.

(٢) حاشية ابن عابدين جـ٤ ص ٥٦١ طبعة ١٣٨٦هـ. المحلى لابن حزم جـ٨ ص ٤٠٨ مسألة ١٤٣٩ والشرح الكبير ص ١١٣ - ١١٤.

(٣) انظر البدائع للكاسانى جـ٦ ص ١٩ - ٢٠ ط ١٣٢٨هـ. والشرح الكبير لابن قدامة المقدسى جـ٥ ص ٤٨ ط ١٣٤٧هـ. وكشاف القناع جـ٢ ط ٢٠٦ ط ١٣٥٩هـ. انظر أيضًا انقضاء العقد بالالغاء والرجوع - إسماعيل شاهين ص ٤٨.

المبحث الثالث
الفسخ

٣٢٨) سنتناول فى هذا المبحث تعريف الفسخ وتمييزه عما يشتبه معه، ثم شروطه، وكيفية الفسخ ثم آثاره فى مطالب على الوجه الآتى:

المطلب الأول
تعريف الفسخ وتمييزه عما يشتبه معه

٣٢٩) أولاً: تعريف الفسخ:

«حل الرابطة العقدية التبادلية بعد نشوئها صحيحة، كحق يعطى لكل من المتعاقدين كى يتحلل من التزامه متى تخلف المتعاقد الآخر عن الوفاء بالتزامه المقابل»(١) .

وقد نصت على تعريف الفسخ المادة ١/١٥٧ من النظام المدنى المصرى بقولها: فى العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعذار المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه مع التعويض فى الحالتين إن كان له مقتضى(٢) .

ونستخلص من التعريف السالف أن الفسخ ذو طبيعة مزدوجة، فهو بالنسبة للدائن وسيلة من وسائل الضمان، وهو بالنسبة للمدين جزاء قانونى، وبيان ذلك إن الفكرة الأساسية فى طبيعة الفسخ وماهيته أنه وسيلة من وسائل الضمان أسبغتها القوانين على من يملك حق الفسخ حتى

---

(١) إسماعيل غانم ـ فى النظرية العامة للإلتزام ص ٣٢٤ ط ١٩٦٤م بند ١٦٣ ـ أنور سلطان، الموجز فى العقود المسماة، ص ٤١٠، عبدالحى حجازى، النظرية العامة للإلتزام جـ٢ ص ١٠٩٦.
عبدالمنعم الصده، محاضرات فى القانون المدنى ص ٣٩٨ بند ٣٦٧.
السنهورى، الوجيز نظرية الالتزام بوجه عام ص ٢٦٧.

(٢) أنور سلطان، الموجز فى العقود المسماة، ص ٤١٠، عبدالمنعم الصدة، محاضرات فى القانون المدنى ص ٣٩٨، إسماعيل غانم، النظرية العامة للإلتزام ص ٣٢٤ وما بعدها.

يستطيع بواسطتها المحافظة على حقوقه بعد أن أصبحت عرضة للضياع بفعل المتعاقد معه، أو سبب أجنبى طارئ لا دخل لإرادة المتعاقدين فيه، هذه الصفة ملازمة للفسخ إيا كان نوعه أى سواء أكان فسخًا بقوة القانون، أو فسخًا قضائيًا، أو فسخًا اتفاقيًا.

أما عن صفة القسم الثانية فقد قلنا أنه بالنسبة للمدين جزاء قانونى لامتناعه عن التنفيذ أو لإخلاله به[1].

٣٣٠) تعريف الفسخ فى الفقه الاسلامى:

قال الكاسانى[2] بأن «فسخ العقد رفعه من الأصل وجعله كأن لم يكن»[2]. كما عرفه ابن قدامة بأن «الفسخ رفع العقد»[3]. وعرفه السيوطى وابن نجيم بأنه: «حل ارتباط العقد»[4].

٣٣١) ثانيًا: تميز الفسخ عما يشتبه معه:

يشتبه مع الفسخ كل من: الانفساخ والتفاسخ والبطلان وسنوضح ذلك على الوجه الآتى:

٣٣٢) أ- الفرق بين الفسخ والانفساخ:

يجب التمييز بين فسخ العقد وانفساخه، وانفساخ العقد يكون من تلقاء نفسه دون حاجة إلى فسخه إذا هلك محل العقد هلاكًا كليًا، فعند ذلك لا فائدة من صدور عمل من المتعاقد بفسخ العقد، فإن العقد ينعدم بطبيعته لانعدام محله، وفى غير حالة الهلاك الكلى يكون العقد فى حاجة إلى فسخ

---

(١) د/ حسن على الذنون، النظرية العامة للفسخ ص ٢٤.

(٢) الكاسانى - بدائع الصنائع جـ٣ ص ١٥٥٦.

(٣) ابن قدامة ، المغنى جـ٣ ص ٥٩١ ط ١٣٤٧هـ.

(٤) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٣٣٨، والأشباه والنظائر للسيوطى ص [illegible] ط أولى ١٤٠٧هـ دار الكتاب العربى.

والفسخ إما أن يكون من عمل المتعاقد بحضرة المتعاقد الآخر، أو بغير حضرته، وأما أن يكون من عمل القاضي كما فى الخيارات(١) .

أما الانفساخ فإنه يكون بمقتضى نص القانون حيث ينفسخ العقد دون حاجة إلى إرادة أحد المتعقادين أو حكم القاضى ويكون حكم القاضى فى حالة الانفساخ تقريرى وليس إنشائى.

٣٣٣) ب- الفرق بين الفسخ والتفاسخ:

كلمة التفاسخ تعنى في اللغة وفي القانون الإزالة أى: إزالة العقد قانونًا ويكون ذلك باتفاق لاحق على إبرامه كما إذا باع «أ» إلى «ب» عقارًا وأبراما العقد، وفى تاريخ لاحق على إبرامه اتفقا البائع والمشترى على أن يرد الأول للثانى الثمن ويتسلم الثانى من الأول العقار.

فهو مبنى على تراضى طرفى العقد على إزالته بعد إبرامه، ويقال التفاسخ، كما يقال التقايل، والبعض يرى أن الإقالة سبب لانفساخ العقد.

ومما سبق يتضح أن التفاسخ هو: اتفاق طرفى العقد من بعد إبرامه على إزالته(٢) .

أما الفرق بينه وبين الفسخ:

فيتميز التفاسخ عن الفسخ فى أن الأول يتم بتراضى الطرفين، وأن هذا التراضى يتم بعد إبرام العقد، وأنه لا يلزم لوقوعه أن يكون قد حصل من أحد طرفيه إخلال بالتزاماته.

أما الفسخ فيقع إما بحكم القضاء «الفسخ» وإما بقوة القانون «الانفساخ»، وهذا من ناحية، ومن ناحية ثانية فإن الفسخ يقع كجزاء لإخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته(٣) .

---

(١) السنهورى مصادر الحق جـ٦ ص ٢٣٢.

(٢) محمد محمود المصرى، الفسخ والانفساخ والتفاسخ ص ٥٥.

(٣) المرجع السابق ص ٥٥.

٣٣٤) جـ- الفرق بين الفسخ والبطلان:

يشبه فسخ العقد البطلان من حيث أن كلاً منهما يؤدي إلى زوال العقد، ولكنه يختلف عنه في أن سببه لاحق لإبرام العقد، فالفرق بين الفسخ والبطلان يكون في:

١) أن البطلان يرجع إلى عيب في ركن من أركان العقد، أما الفسخ فأركان العقد سليمة مستوفية لشروطها، فينشأ العقد صحيحاً، ثم لا ينفذ أحد المتعاقدين التزامه فيسقط التزام المتعاقد الآخر، ولذلك لا يكون الفسخ إلا في العقد الملزم للجانبين(١).

ومعنى ذلك أن البطلان يتعلق بمرحلة تكوين العقد أما الفسخ فيتعلق بمرحلة تنفيذ العقد بعد انعقاده صحيحاً مستوفياً لكل أركانه وشروطه.

٢) فسخ العقد موكول إلى تقدير القاضي، أما إذا توافر سبب الإبطال، فالقاضي ليست له سلطة تقديريه، ولا يملك إلا الإبطال(٢).

٣) دعوى الفسخ ليست لها مدة خاصة تتقادم بها، فتقادمها إذن يكون بخمس عشرة سنة من وقت ثبوت الحق في الفسخ، ويكون ذلك عادة عند الأعذار، وهذا بخلاف دعوي الإبطال فإنها تتقادم بثلاث سنوات أو بخمس عشرة سنة على حسب الأحوال(٣).

---

(١) د/ السنهوري، الوسيط جـ١ ص ٥٢٤، وانظر د/ عبدالحكيم، الوسيط في نظرية العقد ص ٤٧٤ - ٤٧٥.

(٢) د/ السنهوري مصادر الحق جـ٦ ص ١٩٩.

(٣) د/السنهوري المرجع السابق ص ٢٠٠.

المطلب الثانى
شروط الفسخ(١)

٣٣٥) لكى يتحقق فسخ العقد، يجب أن تتوافر الشروط الآتية:

أ) أن يتعلق الفسخ بعقد تبادلى أى ملزم للجانبين.

إن الغرض من فسخ العقد هو تحلل أحد المتعاقدين من التزاماته فى العقد بسبب إخلال المتعاقد الآخر لالتزاماته المقابلة فى العقد. ولا يتصور الفسخ إلا فى العقود الملزمة للجانبين(٢) وفكرة الفسخ فى العقد التبادلى مبنية على فكرة عادلة يراد بها أن يسمح للطرف الذي لم يحصل على حقه المقرر له بمقتضي العقد أن يتحلل هو مما التزم به فى هذا العقد(٣) .

أما فى العقد الملزم لجانب واحد «كعقد الهبة مثلاً» فلا يتصور فيها الفسخ أن يطلب الواهب فسخ العقد حيث لا توجد فائدة تعود على عليه، لأنه لا يوجد التزام يقع على هذا المتعاقد «الموهوب له» وبالتالى لا تكون للواهب أية مصلحة فى التحلل من العقد بالالتجاء إلى الفسخ.

ب) عدم وفاء أحد الطرفين بالتزاماته، وأعذاره:

وهذا الشرط جوهرى لأنه لو قام أحد الطرفين بتنفيذ التزاماته كاملة، فلا يحق للمتعاقد الآخر أن يطلب فسخ العقد، لأنه يشتروط فى طالب الفسخ أن يثبت أن الطرف الآخر لم يف بالتزاماته الناشئة من العقد الذى يطلب فسخه(٤) سواء كان عدم الوفاء كليًا أو جزئيًا أو نفذها تنفيذاً معيبًا أو بعد الوقت المحدد للتنفيذ، ولم يكن ذلك راجعاً إلى سبب أجنبى عنه، فإنه يحق للمتعاقد الآخر أن يتمسك بفسخ العقد(٥) .

---

(١) انظر د/ محمد لبيب شنب، مرجع سابق ص ٢٩٧ بند ٢٥٣، د/ سليمان مرقس، والوافى مرجع سابق ٦ بند ٣٣٦ وما بعده.

(٢) نقض مدنى ١٩٧٥/١٢/٢م، مجموعة أحكام النقض ٢٦ ـ ١٧٣٥ ـ ٣٢٤.

(٣) د/سليمان مرقس، الوافى مرجع سابق ص ٦٤٢ بند ٣٣٧.

(٤) نقض مدنى ٢٢ فبراير ١٩٧٧، مجموعة أحكام النقض ٢٨ ـ ٥٠٥ ـ ٩٦.

(١) د/السنهورى ، الوسيط، جـ١ بند ٤٧١، د/سليمان مرقس، ص٦٤٣ ـ ٦٤٤ بند ٣٣٨ ـ د/ محمد لبيب شنب، ص ٢٩٧، ٢٩٨.

ـ هذا ويقع على طالب الفسخ عبء إثبات عدم وفاء المتعاقد الآخر لالتزاماته الناشئة عن العقد، ولكى يتخلص المتعاقد الآخر من ذلك عليه إثبات السبب الأجنبي الذى يسند إليه في جعل الوفاء بهذا الالتزام مستحيلاً(١) .

ـ أما بالنسبة للإعذار الموجه من طالب الفسخ إلى المتعاقد الآخر:

فقد قضت كل ذلك ١/١٥٧ مدنى صراحة بضرورة أعذار المدين لإمكان الحصول على الفسخ بقولها: «فى العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاء للمتعاقد الآخر بعد أعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين أن كان له مقتض».

ـ هذا ولا يلزم أن يكون الأعذار مستقلاً وسابقًا على طلب الفسخ بل يجوز للمتعاقد الذى يقيم دعوى الفسخ دون أن يسبق ذلك إعذاراً للمتعاقد الآخر لأن عريضة الدعوى تكون بمثابة إعذار للمدين. ولكن في هذه الحالة إذا قام المدين بالوفاء بالتزامه فوراً فإن الدائن يتحمل نفقات دعوى الفسخ ولهذا تظهر فائدة الأعذار المسبق على رفع الدعوى فى أنها تظهر المدين بمظهر المخل بتنفيذ الزامه فإذا ما رفعت دعوى الفسخ وقيام المدين بتنفيذ إلزامه بناء عليها فإنه يتحمل نفقات دعوى الفسخ. علاوة على التزامه بتعويض الدائن عن الضرر الذى لحق به من جراء التأخير فى التنفيذ.

جـ) وفاء طالب الفسخ بالتزامه أو استعداده لتنفيذها:

يشترط فى طالب الفسخ أن يكون قد قام بتنفيذ التزاماته أو أنه على الأقل مستعد للوفاء بها إذا قام الطرف الآخر بالتزاماته، لأنه إذا كان أحد المتعاقدين لم ينفذ التزامات أو أنه غير مستعد لتنفيذها، كان مقصراً ولا

---

(١) نقض مدنى ١٩٧٥/١٢/٣١، مجموعة أحكام النقض ٢٦ ـ ١٧٤٦ ـ ٣٢٦، د/سليمان مرقس ص ٦٤٥.

يحق له أن يطلب إلغاء العقد وفسخه استناداً إلى عدم تنفيذ المتعاقد معه لالتزاماته(١) .

ء) إمكان إعادة الحالة إلى ما كان عليه قبل العقد:

إن من آثار الفسخ - كما سنرى - إعادة المتعاقدين إلى الحالة التى كانا عليها قبل التعاقد، ولذا يشرط فيمن يطلب الفسخ - إذا كان هناك وفاء جزئى - أن يكون قادراً على إعادة الحالة إلى أصلها، أما إذا كان المتعاقد طالب الإلغاء إلى الفسخ لا يقدر على ذلك فلا يحق له أن يطلب الفسخ للعقد(٢) .

فمثلاً: إذا كان المقاول قد تسلم بعض ما التزم به المتعهد وأدخله فى البناء، فإنه لا يستطيع الفسخ لعدم إمكان رد الحالة إلى أصلها، وتقتصر دعواه على المطالبة بتنفيذ باقى الالتزامات أو المطالبة بتعويض عن عدم الوفاء بها(٣) .

وكذلك فى عقد البيع وتسلم المشترى بعض المبيع واستهلكه فلا يكون لهذا المشترى أن يطلب فسخ البيع إذا لم يتمكن من تسليم البائع ما تسلمه منه المبيع(٤) .

---

(١) د/ السنهورى، والوسيط جـ١ بند ٤٧٢، د/ محمد لبيب شنب ص ٢٩٧، ود/ سليمان مرقس، الوافى ص٦٤٧ بند ٢٣٩. نقض مدنى ٢٨ إبرايل ١٩٧٥، مجموعة أحكام النقض ٢٦ - ٨٤٠ - ١٦٤. جاء فيه «متى كان الثابت أن الطاعن قد تمسك فى دفاعه بأنه لا يحق للمطعون ضدهم طلب نسخ العقد طالما أنهم لم ينفذوا التزامهم بتسليم الأرض المبيعة وتمكينه من وضع يده عليها، وأن من حقه إزاء ذلك أن يقف تنفيذ التزامه بباقى الثمن حتى يوفى المطعون ضدهم بالتزامهم بالتسليم...».

(٢) د/ محمد لبيب شنب، مرجع سابق ص ٢٩٧.

(٣) د/ سليمان مرقس ص ٦٤٨ بند ٢٤٠.

(٤) د/ محمد لبيب شنب، ص ٢٩٨ بند ٢٥٣.

المطلب الثالث
كيفية الفسخ بسبب عدم الوفاء

٣٣٦) للفسخ صور ثلاث فهو إما أن يكون بحكم القضاء، وهذا هو الأصل، وقد يكون باتفاق المتعاقدين، ويكون في بعض الأحوال بحكم القانون ويسمى عند ذلك انفساخاً.

وسنوضح في هذا المطلب هذه الأنواع الثلاثة في فروع على الوجه الآتي:

الفرع الأول
الفسخ بحكم القضاء

٣٣٧) النصوص القانونية:

تنص المادة ١/١٥٧ على مبدأ الفسخ القضائي بقولها:

١) في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتض»(١).

٣٣٨) الإعذار:

يجب على الدائن قبل المطالبة بفسخ العقد أن يعذر المدين مطالباً إياه بالتنفيذ، على أن مجرد رفع الدعوى بالفسخ يعد إعذاراً(٢).

ولكن يختلف رفع الدعوى غير مسبوق بإعذار عن رفعها مسبوقاً بإعذار من الناحية العملية في الوجوه الآتية:

---

(١) د/ السنهوري الوسيط جـ١ ص٧٩٤، وانظر الشوازبي فسخ العقد في ضوء القضاء والفقه، ص ٢٧، المعارف.

(٢) د/ السنهوري المرجع السابق، وانظر د/ أحمد شوقي النظرية العامة للالتزام، ص ١٥٧ الطبعة الثانية ١٩٨٨م.

١) رفع الدعوى غير مسبوق بإعذار إذا ترتب عليه أن يبادر المدين إلى التنفيذ بمجرد رفعها، يمنع من الحكم على المدين بالمصروفات لأنه لم يعذر قبل رفع الدعوى وبمجرد رفع الدعوى بادر إلى التنفيذ.

٢) سبق الإعذار على رفع الدعوى يجعل القاضى أكثر استجابة لطلب الفسخ.

٣) ويجعله أقرب إلى الحكم على المدين بتعويض فوق الحكم بالفسخ(١) .

ويلاحظ أنه لا ضرورة لإعذار المدين قبل المطالبة بالفسخ إذا صرح المدين كتابة أنه لا يريد القيام بالتزامه، أو إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن، أو غير مجد بفعل المدين، كأن يكون التنفيذ قد فات ميعاده أو بأن كان الالتزام هو امتناع عن عمل وأخل به المدين(٢) (م ٢٢٠ مدنى مصرى).

٣٣٩) الخيار بين فسخ العقد وتنفيذه:

إذا ما رفع الدائن دعوى الفسخ، فإن الحكم بالفسخ لا يكون حتمياً بل يكون هناك خيار بين الفسخ والتنفيذ، وهذا الخيار يكون لكل من **الدائن والمدين والقاضى**(٣) .

أولاً: بالنسبة للدائن:

للدائن الذى رفع دعوى الفسخ أن يعدل قبل الحكم به إلى طلب التنفيذ عينياً أو بطريق التعويض، كما أن له إذا طلب التنفيذ فى أول الأمر أن يعدل

---

(١) د/ محمد محمود المصرى الفسخ والانفساخ ص ٢٥، وانظر د/ السنهورى جـ١ ص ٣٩٤، والوجيز جـ١ ص ٢٧٠.

(٢) د/ السنهورى مصادر الحق جـ٦ ص ١٩٧، وما بعدها.

(٣) د/ عبدالحى حجازى النظرية العامة للالتزام جـ٢ ص١٠٩٨، وانظر د/ السنهورى الوسيط جـ١ ص ٧٩٦، الوجيز ص ٢٧١.

عنه إلى الفسخ كل هذا ما لم يكن قد نزل عن أحد الطلبين ولا يعتبر مجرد رفع الدعوى بطلب منهما نزولاً عن الطلب الآخر(١) .

ويترتب على خيار الدائن بين الفسخ والتنفيذ النتائج التالية:

أ) أن الحكم بالفسخ لا يصح صدوره إلا بناء على طلبه فلا يجوز للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها أو بناء على طلب المدين فى الالتزام الذى لم يتم تنفيذه.

ب) للدائن إذا قام بإعذار المدين ولم يرفع دعوى الفسخ أو رفع دعوي الفسخ ثم تركها قبل أن يحصل على حكم بالفسخ أو لم يتركها ولكن حكم فيها برفض الفسخ ففى هذه الأحوال لا يقع الفسخ(٢) .

ويشترط فى خيار الدائن:

١) أن يكون التنفيذ لازال ممكنًا فى المطالبة بالتنفيذ العينى.

٢) إذا تعذر عليه المطالبة بالتنفيذ العينى لاستحالته فله الخيار بين المطالبة بالفسخ وبين التنفيذ بطريق التعويض فيهما إذا صار إلتزام البائع بنقل ملكية المبيع أو بتسليمه مستحيلاً بفعله.

٣) إذا اختار الدائن طريق الفسخ وجب عليه أن يعذر المدين وأن يرفع دعوى الفسخ وإن يحصل أخيراً على حكم الفسخ(٣) .

---

(١) د/ أنور سلطان، الموجز فى مصادر الالتزام ص ٢٧٣ ـ ٢٧٤.

(٢) السنهوري، الوجيز جـ١ ص ٢٧٣.

(٣) د/سليمان البحرى، انتهاء العقد بالفسخ والإقالة، ص ١٥، ط٢، ١٤٠٣هـ.

٣٤٠) ثانياً: بالنسبة للمدين:

المدين المخل بالتزامه لا يستطيع طلب الفسخ وإنما يكون للمدين المرفوعة عليه الدعوى بالفسخ، قبل النطق بالحكم النهائي أن ينفذ التزامه فيتجنب الفسخ [١].

ولا يبقى في هذه الحالة إلا أن يقدر القاضي إذا كان هناك محل لتعويض الدائن عن تأخير المدين في تنفيذ التزامه وخاصة إذا كان الدائن قد أعذر المدين قبل رفع الدعوى، فيسوغ مثلاً للمشتري ان يتدارك فسخ البيع بعرض الثمن قبل صدور الحكم النهائي[٢].

ويتوي فى ذلك أن يكون حسن النية أو سيء النية [٣] لأن النظر في حسن أو سوء النية إنما يكون عند تقير التعويض عن الفرد الناتج من عدم التنفيذ أو التأخير في التنفيذ[٤].

ثالثاً: بالنسبة للقاضي:

وللقاضي سلطة تقديرية في الحكم بالفسخ، فله أن يحكم بالفسخ مع الزام المدين بالتعويض، وهذا هو الجزاء المترتب على خطأ المدين المتمثل فى عدم تنفيذ التزامه[٥].

وله أيضاً أن يرفض الفسخ كلية ، برغم توافر شروطه التي بيناها ويكون له ذلك إذا كان مالم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى

---

(١) د/ السنهوري – الوجيز – ج١ص٢٧١. انظر مجموعة القواعد القانونية – ج٥ص٥٨.

(٢) د/ السنهوري – الوجيز – ص٢٧٠

(٣) نقض مدني ٢٧ ديسمبر ١٩٧٨م، محمد له أحكام النقض ٢٩ – ١٠٣٦ – ٢٩٧ وجاء فيه:– أنه من المقرر أنه يتعين لإجابة طلب الفسخ أن يظل الطرف الآخر متخلفا عن الوفاء بالتزامه حتي صدور الحكم النهائي، وله أن يتوقي صدور هذا الحكم بتنفيذ التزامه إلى ماقبل صدوره، ويستوى فى ذلك أن يكون حسن النية أو سيء النية إذ ذلك لا يكون إلا عند النظر فى دعوى التعويض عن التأخير فى الوفاء بالالتزام ...)

(٤) نقض مدنى فى ١٢/٣/١٩٧٠ مجموعة أحكام النقض ٢١ – ٤٢٥ – ٦٩

(٥) د/ السنهوري – االوسيط ص٩٧٩. د/ أحمد شوقي – النظرية العامة للالتزام ص١٥٩.

الالتزامات التى ولدها العقد عليه في جملتها كما إذا كان المشتري قد قعد عن الوفاء بجزء من الثمن بعد أن كان قد دفع أغلبه[1](م ٢/١٥٧ مدني مصري).

وللقاضي أيضاً الحكم بالفسخ دون تعويض كما لو ظهر أن الخطأ مشترك بين الطرفين واستغرق خطأ الدائن خطر المدين[2] .

وله أن يمنح المدين أجلاً وهو ما يقال له نظرة الميسرة إذا اتضح له أن ظروف المدين تستدعى ذلك لكونه حسن النية وأنه يستطيع الوفاء إذا أمهل وله رفضها وقد نصت علي ذلك المادة ٢/١٢٧ مدني بقولها يجوز للقاضي على أن يمنح المدين أجلا إذا اقتضت الظروف ذلك ، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان مالم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام في جملته ويلاحظ أن الحكم بالفسخ يعد من الأحكام المنشئة لا المقررة وطلب الفسخ من أعمال التصرف فلا يستطيع الوصى مثلاً أن يطلبه إلا بإذن من المحكمة ورلا كانت الدعوى غير مقبولة[3] .

الفرع الثاني
الفسخ الاتفاقى

٣٤٤) النصوص القانونية:-

نصت المادة ١٥٨ مدني مصري على جواز الفسخ الاتفاقى بقولها:

«يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلي حكم قضائى عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه، وهذا الاتفاق لا يعفى من الاعذار إلا إذا اتفق المتعاقدان أن صراحة على الإعفاء منه»[4] .

---

(١) نقض مدني ١٩٨٣/٢/٣، مجموعة أحكام النقض في الطعن رقم ٢٣٥ سنة ٤٩ق.

(٢) د/ انور سلطان – الموجز في مصادر الالتزام ص٢٧٢ – وانظر د/ جميل الشرقاوى – النظرية العامة للالتزام – ص٢٨٧ – دار النهضة.

(٣) وانظر – محمد وحيد الدين سوار – مذكرات في العقود المسماة ص٤٠٧ وما بعدها – وانظر د/ عبد الفتاح عبد الباقي – نظرية العقد – ص٦٢٦ – ٧٢٧ – ط ١٩٨٤م.

(٤) د/ السنهورى – الوجيز ج١ ص٢٧٥.

٣٤٣) تدرج الشرط في الفسخ الاتفاقي:

ليست هناك صيغة معينة للأتفاق علي الفسخ بين المتعاقدين والالفاظ محددة ولكن يمكن أن يأخذ الاتفاق صوراً منها:-

- فقد يتفق المتعاقدان علي فسخ العقد في حالة اخلال أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه ويفيد مثل هذا الاتفاق في تجنب رقابة القضاء، وما يتبعها من إجراءات رفع الدعوى(١) .

- ويجوز أن يقع الاتفاق عند ابرام العقد أو باتفاق لاحق أو أثناء اجراءات التقاضي(٢) .

- هذا ويتخذ اتفاق العاقدين، بشأن فسخ العقد، صوراً متعددة:-

أ) الإتفاق علي أن يكون العقد مفسوخاً، إذا أخل أحد الطرفين بتنفيذ التزامه.

قد يتضمن العقد شرطاً يفيد أن العقد يكون مفسوخاً إذا لم يقم أحد العاقدين بتنفيذ التزامه، ولا يعبر هذا الشرط عن نية العاقدين في تعديل القواعد العامة بشأن الفسخ لأنه لا يعدو الشرط أن يكون ترديداً للشرط الفاسخ الضمني والذي يخضع تطبيقه لسلطة القاضي التقديرية (٣)، حيث يستلزم حكماً قضائياً، يحتفظ فيه القاضي بسلطته التقديرية ولكن إذا طلبه الدائن تعين على المحكمة الحكم بالفسخ ، فلا يكون لها سلطة تقدرية ولا سلطة منح المدين أجلا ولكن الفسخ لا يقع إلا بعد اعذار المدين وبقضاء القاضي ويجوز للمدين تفادى الفسخ عند تنفيذ التزامه قبل صدور الحكم النهائي به(٤) وهذه الصورة أضعف الصور.

---

(١) الشواربي – الموسوعة المدنية – ج١ ص٢٤٢.

(٢) د/ سليمان البحري – مرجع سابق ص٢٠.

(٣) د/ حمدى عبد الرحمن ، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات ، الكف الأول المصادر الزرادية للألتزام ١٩٩٩م دار النهضة العربية ص٦١٥.

(٤) د/ أحمد شوقى – النظرية العامة للألتزام – ص١٦٠.

ب) الاتفاق علي أن يكون العقد مفسوخاً حتماً من تلقاء نفسه.

هذا الشرط أقوي من سابقه لأن هذا الشرط يفسر فى أغلب الاحوال على أنه يسلب القاضي سلطته التقديرية، المقررة للقاضي في مجال الحكم بالفسخ، فيتعين علي القاضي أن يحكم بالفسخ، بناء على طلب الدائن إذا تثبت إخلال المدين بالتزامه ولكن ذلك لا يمنع من وجوب قيام الدائن بأعذار المدين بالوفاء وإنتظار المهلة التي حددها الاعذار طالما أن الطرفين لم يتفقا على الاعفاء من الاعذار(١) ، وحكم القاضي هذا مقرراً أى كاشفاً وليس للفسخ لأن هذه الصوره من صور الشرط الفاسخ الصريح .

جـ) الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم.

وإعمالاً لهذا الشرط، فإن مجرد إخلال المدين بالتزامه يترتب عليه فسخ العقد، ويشترط لذلك اعذار المدين، طالما أنه لم يتفق على الإعفاء منه.

وقد ينازع المدين فيما نسبه إليه الدائن من إخلال في تنفيذ الالتزام مما يقتضي عرض هذا النزاع أمام القضاء، والحكم الصادر بالفسخ في هذه الحالة، يكون مقرراً وليس منشئاً ويكفي لصدوره مجرد تثبت القاضي من إخلال المدين بالألتزام(٢).

د) الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم أو اعذار.

فيعتبر العقد قد فسخ عند عدم تنفيذ المدين لألتزامه فى الوقت المعين، ولا يستلزم ذلك أعذاراً، أو صدور حكم قضائي بالفسخ حيث يستطيع الدائن أن يعتبر العقد غير قائم بمجرد اخلال المدين بألتزامه دون حاجة إلي حكم

---

(١) د/ أحمد شوقى – المرجع السابق – ص٢٨٧ انظر عكس ذلك د/ السنهورى ، الوسيط ج١ بند٤٨٥ ص٨١٤.

(٢) د/ السنهوري – الوسيط – ج١ ص٨٠٩ – ٨١٠.
وانظر – احمد شوقي – المرجع السابق – ص٢٨٨.

قضائى، وعند تدخل القضاء، فالفسخ يكون وجوبياً، والحكم به مقرراً أى كاشفاً وليس منشئاً(١).

وهذا الشرط يعتبر اقصي ما يصل إليه العاقدان في شرط الفسخ.

٣٤٤) الفرق بين الشرط الفاسخ الصريح والشرط الفاسخ الضمني:-

- الشرط الفاسخ الصريح يسلب القاضي سلطة التقديرية حيث يكون الحكم بفسخ العقد وجوبياً لمصلحة المدعى طالب الفسخ بعكس الشرط الفاسخ الضمني فإنه لا يسلب القاضي سلطته التقديرية لتقرير الفسخ من عدمه.

- الحكم القضائى في الشرط الفاسخ الصريح كاشفاً أى مقرراً بغكس الحكم القضائى في الشرط الفاسخ الضمني حي يكون منشئاً وليس مقرراً.

- الشرط الفاسخ الصريح مقرر لمصلحة الدائن فله أن يتمسك به وله أن يتنازل عنه فهو بالخيار أن يطلب التنفيذ العيني أو بمقابل أو أن يطلب الفسخ، بعكس الشرط الفاسخ الضمنى فهو يخضع لسلطة القاضي التقديرية وليس لسلطة الدائن التقديرية كما فى الشرط الفاسخ الصريح.

الفرع الثالث

انفساخ العقد بحكم القانون:

٣٤٤) أولاً: النصوص القانونية:

نصت المادة ١٥٩ من المدنى المصري علي ما يلى:-

« في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضي الالتزام بسبب استحالة تنفيذه

---

(١) احمد شوقى – المرجع السابق – ص١٦١.

وانظر الوسيط ص٨١٢ – الوجيز ص٢٧٧.

وانظر – جميل الشرقاوى – النزية العامة للزلتزام – ص٣٩٥ – وما بعدها.

انقضت معه الالتزامات المقابلة له، وينفسخ العقد من تلقاء نفسه».

كما نصت المادة ٢١٥ مدني علي أن « إذا استحالة على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه، ما لم يتبين أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه »، كما نصت المادة ٣٧٣ مدني علي أنه «ينقضى الالتزام إذا اثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلاً عليه لسبب أجنبي لا يد له فيه».

كما نصت المادة ٤٦١ مدني في معرض بيع العروض على أنه «في بيع العروض وغيرها من المنقولات إذا أتفق على ميعاد لدفع الثمن وتسليم المبيع يكون البيع مفسوخاً دون حاجة إلي أعذار أن لم يدفع الثمن عند حلول الميعاد إذا اختار البائع ذلك، وهذا ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك».

٣٤٥) شروط الإنفساخ:-

ومن النصوص السابق يمكن لنا أن نستخلص أن الانفساخ بقوة القانون يكون بسبب استحالة التنفيذ حيث يفسخ العقد تلقائياً وبقوة القانون ويشترط في الاستحالة التي يترتب عليها انقطاع العقد بقوة القانون ما يلى:-

١) أن يصير التزام العاقد مستحيلاً، بمعنى أن يكون تنفيذه غير ممكن، والمقصود بالإستحالة هي ما تعلق بالإلتزام في ذاته من حيث هو.

٢) أن تكون استحالة التنفيذ ناشئة في تاريخ لاحق لقيام العقد، فإذا كانت تلك الاستحالة قائمة عند ابرام العقد، فإن هذا العقد لا ينفسخ، ولكنه لا ينعقد أصلاً، أى يقع باطلاً لاستحالة محله.

٣) أن تكون استحالة التنفيذ كاملة، فإن كانت جزئية فإن الانفساخ لا يقع(١) .

---

(١) الشواربي – المرجع السابق ص٥٧.

٤) أن تكون استحالة التنفيذ راجعة لسبب أجنبي لا يد له فيه، كما إذا كانت ناشئة عن قوة قاهرة، أو فعل الدائن أو فعل المدين، فإن كانت تلك الاستحالة ناشئة بسبب يعزي إلي المدين، فإن العقد لا ينفسخ، ويبقى التزامه قائماً[١].

أما إذا كانت الاستحالة لا ترجع إلي خطأ المدين، فلا محل للرجوع عليه بالتعويض، لذلك لاضروره للألتجاء إلي القضاء، ولذلك يطلق علي هذه الصورة من صور انفساخ العقد بقوة القانون ويترتب عليه نفس اثار الفسخ الاتفاقي وهو أعادة المتعاقدين إلي الحالة التي كانت عليها قبل التعاقد أى أن للأنفساخ أثر رجعي بالنسبة للمتعاقدين والغير.

٣٤٥ مكرر) تبعة الهلاك:-

إذا أستحال تنفيذ التزام المدين لأنفساخ العقد بقوة القانون لهلاك المحل بسبب أجنبي انقضي الالتزام المقابل وتحمل المدين تبعة استحالة التنفيذ حيث لا يحق له أن يطالب بالألتزام المقابل ، كما تقع تبعة الهلاك في العقد الملزم للجانبين (كعقد البيع) على عاتق المدين الذى أستحال تنفيذ التزامه[٢] (١٥٩ . ١٦٠ مدنى) [٣] .

أما فى العقد الملزم لجانب واحد:-

فإن تبعه الهلاك تكون على الدائن ففي الوديعة إذا هلك الشيء المودع ، فإن الدائن (الهالك) هو الذى يتحمل تبعة الهلاك فيفقد ما كان له طالما أن هلاك الوديعة بسبب أجنبي لا يد للمودع لديه فيها لأن يده هنا يد أمانة فلا يضمن إلا بالتعدي.

---

(١) الشواربي – فسخ العقد – ص٥٧، انظر عبد الفتاح عبد الباقي ، نرية العقد ص٠ ٦٥ – انر بحثنا في السبب الاجنبى دائرة في تنفيذ الالتزام دراسة – دار النهضة العربية.

(٢) د/ عبد الودود يحي، مرجع سابق ، ص١٦٣ من ١٤١.

(٣) نقض مدني ١١ يناير ١٩٧٧ مجموعة أحكام النقض، ش٢٨ – ٢١١.

ويتضح لنا مما سبق أن الفرق بين أنواع الفسخ الثلاثة من حيث الحكم بالفسخ، والتى هى الفسخ القضائى، والفسخ بحكم الاتفاق، والانفساخ بحكم القانون، هو أن الفسخ بحكم الاتفاق والانفساخ بحكم القانون، يكون الحكم كاشفاً عن الفسخ، وليس منشأ له، أما الفسخ بحكم القضاء فالحكم فيه منشىء للفسخ(١).

٣٤١) كيفية الفسخ في الفقة الاسلامى:-

أولاً:- الفسخ:-

هو حل رابطة العقد(٢) والنظرية العامة فيه تستمد الفسخ من فكرة اللزوم:

أ) فالعقود اللازمة بحق الطرفين، كالبيع والاجارة، والصلح ونحوها فسخها كعقدها، لا يكون إلا باتفاق الطرفين المتعاقدين، وعندئذ يسمى الفسخ اقالة، وهذه الاقالة لها فى النظر الفقهى اعتباران:

فتعتبر بالنسبة إلي العاقدين المتقابلين فسخاً محضاً، ينحل به العقد المقال، ويرجع بالعقدين إلي حالتهما الأولى قبل العقد.

وتعتبر بالنسبة إلى غير العاقدين والشخص الثالث، كعقد جديد، صيانة لحقوقه المكسبة من تآمر العاقدين على هدمها بالإقالة.

فالعقار الذي بيع وثبت فيه حق الشفعة للشفيع، إذا تقايل المتبايعان فيه البيع وأعيد إلي ملكية البائع يعتبر ذلك البائع مشترياً جديداً بالإقالة، فيثبت للشفيع شفعة جديدة (٣).

وكذا المشترى إذا باع المبيع، ثم تقايل مع المشترى الثانى واسترد المبيع فاطلع على عيب قديم فيه، فليس له الرد على البائع الأول بالعيب؛ لأن الاقالة كشراء جديد فى حق البائع الأول، وإن من المقرر فى أحكام تدليس

(١) د/ السنهورى – مصادر الحق – ج٦ ص١٩٨ – الوسيط ج١ ص٣٩٥.

(٢) السيوطى – الاشباه والنظائر ص ٤٨١.

(٣) الزرقاء – المدخل الفقهى العام ج ١ ص ٥٦٨.

العيب أن المبيع بعد خروجه من ملك مشتريه إذا عاد إليه بشراء جديد لايرده بالعيب القديم على بائعه؛ لأن تبدل سبب الملك يعتبر كتبدل عين الشئ المملوك، فيستلزم تطهير الشئ من الحقوق السابقة.

ب) وأما العقود غير اللازمة بحق كل من الطرفين، كالشركة والوكالة، فإنها تفسخ بإرادة كل منهما مالم يتعلق ببقائها حق للغير، كالوكالة ببيع المرهون.

ج) والعقد اللازم بحق طرف دون طرف، كالرهن، يفسخ بإرادة من ليس لازماً بحقه، وهو الدائن المرتهن، ومثل ذلك يقال فى العقود اللازمة فى الأصل بحق الطرفين إذا طرأ عليها من عيوب الرضى مايسلخ عنها حقيقة اللزوم فى حق أحد الطرفين، كما فى خيار العيب، وغيره من الخيارات، فإنها تفسخ بإرادة الطرف الذى عيبت ارادته و رضاه(١).

د) وتصرفات الارادة المنفردة إذا كانت غير لازمه تفسخ بإرادة منشئها، بالوصية لجهة خيرية، فإنها تفسخ بإرادة الموصى نفسه(٢).

ثانياً: الانفساخ:

ينفسخ كل عقد من نفسه إذا استحال تنفيذه، وينفسخ العقد المستمر إذا فقد مايعتمد عليه بقاؤه:

أ) فينفسخ البيع بهلاك المبيع قبل تسليمه لاستحالة تنفيذ العقد بالتسليم بعد هلاك محله.

أما موت البائع قبل التسليم، فلا ينفسخ به البيع؛ بل يصبح الوارث مسئولاً بالتسليم مادام المبيع قائماً فى التركة؛ لأن العقد الفورى كالبيع ونحوه، تثبت جميع آثاره جملة واحدة بمجرد انعقاده فبقاء العاقد بعد ذلك وموته سواء.

---

(١) انظر حاشية المدخل الفقهى العام للدكتور/ مصطفى الزرقاء ج ١ ص ٥٧٠.

(٢) د. مصطفى الزرقاء المرجع السابق، ج١ ص - و٥٧٠.

ب) وتنفسخ الشركة والمضاربة والمزارعة والمساقاة بموت أحد العاقدين؛ لأن هذه العقود تنشئ التزامات عملية ذات آثار متجددة فيها انسحاب واستمرار يعتمد بقاؤه بقاء العاقد علاوة على بقاء المحل.

والإجارة على الراجح في المذهب الحنفي، كذلك تنفسخ بموت أحد العاقدين(١).

والمبدأ العام فى نتائج انحلال العقد فسخاً أو انفساخاً أنه:

يوجب اعادة العاقدين الى سابق وضعهما قبل التعاقد(٢).

طريقة الفسخ:

الفسخ إما أن يكون:

أ) صريحاً وماهو فى معنى الصريح.

ب) وإما أن يكون دلالة.

أ) الفسخ الصريخ كأن: يقول من له حق الفسخ، فسخت البيع، مثلاً أو «نقضته» أو: أبطلته» ومايجرى هذا المجرى، فينفسخ البيع، ولا يشترط له التراضى أو قضاء القاضى؛ لأن الفسخ حصل بتسليط صاحبه عليه؛ ولكن يشترط علم الآخر به، كما سبق بيانه فى شروط الفسخ(٣).

ب) أما الفسخ دلالة:

أما الفسخ بطريق الدلالة فهو ان يوجد من البائع فى المبيع مالو وجد منه فى الثمن، لكان إجازة للبيع، يكون فسخاً للبيع.

وهذا النوع من الفسخ لا يقف على علم صاحبه بلا خلاف، لأن الانفساخ ههنا لايثبت بالفسخ مقصوداً، وإنما يثبت ضمناً لغيره، فلا

---

(١) د. مصطفى الزرقاء – المدخل الفقهى العام – ج١ ص ٥٧١.

(٢) انظر محمد ابوالفتح، اتحاف الابصار والبصائر بتويب كتاب الاشمباه – ص ٢٥٩ ط الأولى سنة ١٣٨٩ هـ . د. مصطفى الزرقاء – مرجع سابق ج ١ ص ٥٧٢. ابن نجيم – الاشباه والنظائر ص ٣١٤.

(٣) د. وهبه الزحيلى – الفقه – الإسلامي وأدلته ج ٤ ص ٤٩٦.

يشترط له مايشترط للفسخ مقصوداً، كبيع الشرب والطريق، فلا يجوز مقصوداً ويجوز بيعه تبعا للأرض(١).

المطلب الرابع

آثار فسخ العقد

إذا فسخ العقد فإنه يترتب عليه آثار تكون فيما بين المتعاقدين، وبالنسبة للغير ويمكن أن نتناول بيان أحكام تلك الآثار علي الوجة الآتي:-

الفرع الأول

آثار انحلال العقد فيما بين المتعاقدين

نصت علي آثار فسخ العقد بين طرفيه المادة ١٦٠ مدني بقولها « إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فإذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض».

ومن النص السابق يمكن القول:

أولاً: أنه يترتب علي فسخ العقد إعادة طرفي العقد إلي الحالة التي كانا عليها قبل إبرام العقد فمثلاً في عقد البيع يلتزم البائع برد الثمن إلي المشتري كما يلتزم المشتري برد العين المبيعة إذا كان قد تسلمها بحالها إلي البائع(٢).

---

(١) د. محمد نكي عبدالبر - مرجع سابق ص ٢٩٦/٢٩٧.

(٢) قضت محكمة النقض بتاريخ ٢/١٢/١٩٧٤ - مجموعة أحكام النقض ٢٥ - ١٣١٥ - ٢٢٥ بأنه «متي كان الطاعن - البائع - قد أخل بالتزامه بتسليم البضاعة فيما عدا خمسين طناً، وقضي تبعاً لفسخ العقد فلا محل لأن يطالب الطاعن بالأبقاء علي مقدم الثمن الذي استلمه، بل يتعين عليه رده عملاً بما تقضي به المادة ١٦٠ مدني من أن الفسخ يعيد المتعاقدين إلي الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فيرد كل منهما ما تسلم بمقتضي العقد بعد أن تم فسخه ولا يجوز للطاعن بالتالي أن يطالب بتكاليف اعداد البضاعة للتصدير وهو لم يقم بتسليمها».

ثانياً: إذا كان هناك استحالة في إعادة المتعاقدين إلي الحالة التي كان عليها قبل التعاقد كهلاك المبيع أو أستهلاك فإنه يجوز للقاضي أن يقضي بالتعويض فإذا هلك المبيع تحت يد المشتري التزم برد قيمته وقت هلاكه إذا كان سيء النية(١) كما يلتزم المشتري برد ثمار المبيع سواء كانت الثمار طبيعة أو صناعية أو مدنية، لأنه يترتب علي الفسخ اعادة المتعاقدين إلي الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد - ولذا يعتبر الشيء المبيع لم يخرج عن مال البائع وكذلك ثماره التي حصلها المشتري(٢). ولا يحق للمشتري أن يدعي تملكها بالقبض بحسن النية، لأنه إذا كان سبب الفسخ من جهته أعتبر أنه كان عالماً بقابلية العقد للفسخ وبالتالي فيعتبر سيء النية وتنتفي لديه حسن النية، وإذا كان الفسخ بناء علي طلب منه، فيعتبر بهذا الطلب قد وافق علي أن يعيد الحالة إلي ما كانت عليه قبل التعاقد بما فيها رد الثمار التي قبضها بسبب العقد.

- أما بالنسبة لحالة البطلان، فيجوز لمن قبض الثمار بحسن نية أن يتملكها ولا يردها.

ثالثاً: كما يحق للقاضي أن يقضي بالتعويض علي المشتري إذا كان الفسخ بسبب تقصيره حيث يشمل التعويض ما أصاب البائع من ضرر وما فاته من ربح بسبب الفسخ علاوة علي مصروفات دعوي الفسخ(٣).

رابعاً: هذا ويلزم البائع برد ما قبضه من الثمن ويسقط عن المشتري الباقي من الثمن الذي لم يدفعه. كما يلتزم البائع بدفع التضمينات عما قبضه من الثمن وقت قبضه لأنه لا يحق له أن يجمع بين ثمار المبيع وفوائد الثمن(٤).

---

(١) نقض مدني ٨/٢/١٩٨٣م في الطعن رقم ١٤٥٨ سنة ٤٨ق وقد بين هذا الحكم ما هو المقصود بسوء النية في هذا الخصوص.

(٢) انظر د/ سليمان مرقص، الوافي، ص٦٧٧ بند ٣٥١.

(٣) انظر سليمان مرقص، الوافي ص٦٧٨.

(٤) نقض مدني ٢٩/٢/١٩٧٢م مجموعة أحكام النقض ٢٣ - ٢٦١ - ٤٠.

خامساً: يلتزم البائع برد المصروفات الضرورية التي أنفقها المشتري على الشيء المبيع لمحافظة عليه، وأن يرد مقابل المصروفات النافعة التي ترتب عليها تحسين الشيء محل المبيع حيث يكون الخيار بين رد مقدار ما زاد من ثمن المبيع نتيجة التحسينات التي أدخلها عليه المشتري أو المصروفات الفعلية التي أدت إلي هذه التحسينات أيهما أقل (م٩٢٤/ ١ مدني مصرى).

سادساً: إذا وقع الفسخ بناء على طلب المشتري وبسبب تقصير البائع يلتزم البائع بدفع المصروفات الكمالية باعتبارها ضرراً غير متوقع وبأعتبار البائع سيء النية كما يلزم بدفع مصروفات دعوي الفسخ.

سابعاً: انحلال العقد وترتب أثره الرجعى لا يسري علي العقود المستمرة أو عقود المدة (عقد الايجار فيلا) فإن آثار الفسخ لا تتجه إلي الماضي بل تظل آثار تلك العقود قائمة عملياً وذلك لأستحالة رد بمن الانتفاع الذي استوفاه المستأجر بل يحتفظ المؤجر بالأجرة عن المدة التي أنقضت قبل فسخ العقد بأعتبارها تنفيذاً بمقابل لألتزام المستأجر برد ما حصله من انتفاع بالعين المؤجرة عن هذه المدة، ولكن آثار الفسخ تمتد إلي المستقبل فقط(١).

---

(١) السنهورى الوسيط، ج١ قيده ٤٧٨ ص٧١٢ - وقضت محكمة النقض فى ١٩٧٩/٢/١٧ - مجموعة أحكام النقض ٣٠-١-٤٩١-٩٥ بانه « أن النص فى المادة ١٦٠ مدنى من أنه «إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ...» قطعى الدلالة على الاثر الرجعى للفسخ وعلى شموله العقود كافة، إلا أنه من المقرر بالنسبة لعقد المدة أو العقد المستمر أو الدورى التنفيذ - كالأيجار - أنه يستعصى بطبيعته على فكرة الأثر الرجعي، لأن الزمن فيه مقصود لذاته بأعتباره أحد عناصر المحل الذى ينعقد عليه، بحيث لا يمكن الرجوع فيما نفذ فيه. فإذا فسخ عقد الايجار بعد بدء تنفيذه، فإن آثار العقد التى أنتجها قبل الفسخ قائمة عملياً، ويكون المقابل المستحق عن هذه المدة له صفة الأجرة لا التعويض، ولا يعد العقد منسوخاً إلا من قت الحكم النهائي الصادر بالفسخ لا قبله ويعتبر الفسخ هنا بمثابة الغاء للعقد فى حقيقة الواقع إن القضاء بفسخ عقد الايجار ليس له من آثر رجعى، إلا أنه لما كان الثابت أن عقد الايجار كان من وقت التصرف ببيع المقهى إلى الطاعنة قابلاً للفسخ وانتقل إليها محملاً بهذا العيب، وكان هذا التصرف ليس من شانه أن يسقط حق المؤجر في طلب الفسخ لمخالفة ارتكبها المستأجر الأصلى قبل حصوله فانه يترتب عليه انقضاء جميع التصرفات الناشئة عنه».

ثامناً: إذا أستحق البائع تعويضاً نقدياً تجاه المشتري وأستحق المشتري الثمن من البائع نتيجة فسخ العقد، فإنه يمكن أن تقع المقاصة بين المبلغين في حدود أقلهما أما إذا كان ما يجب رده عيناً كالمبيع وثماره الطبيعية فلا تقع فيه المقاصة إلا إذا قوم نقداً(١).

الفرع الثاني

آثار فسخ العقد بالنسبة للغير

٣٤٧- إذا فسخ العقد فإن آثاره لا تمتد إلى الغير فمثلاً إذا فسخ عقد البيع فإنه يترتب عليه لاعتبار العقد كأن لم يكن فإذا أجري المشترى تصرفات على المباع فتعتبر تصرفاته صادرة من غير مالك وبالتالى فلا يكون لها أثر في حق الباقى حتي يعود المبيع إلي البائع خالياً من كل حق قدره المشترى سواء كان بيعاً أو حق انتفاع أو حق اتفاق.. ألخ

الاستثناءات المقررة لمصلحة الغير وحسن النية ضد الأثر الرجعى لانحلال العقد.

إن قاعدة اعتبار المشترى كأن لم يكن مالكاً فى أى وقت وعدم نفاذ تصرفاته فى حق البائع يرد عليها استثناءات لمصلحة الغير حسن النية والتى تنبنى على ضرورة حماية الغير حسن النية .

ومن ذلك : أ) «ما نصت عليه المادة (١٥) من قانون الشهر العقارى والتي تنظم الأحتجاج بالحقوق العينية التى تتقرر على العقارات فى ما بين المتعاملين على العقار حيث تلزم بضرورة التأشير على هامش سجل المحررات واجبة الشهر فيما يقدم ضدها من الدعاوى التى يكون الغرض منها الطعن بالتصرف التي تضمنه المحرر وجوداً أو صحة أو نفاذاً كدعاوى

---

(١) نقض مدنى ١٥/١٢/١٩٧٧م – مجموعة أحكام النقض ٢٨ – ١٨٢١ – ٣١١.

البطلان أو الالغاء أو الاتقان أو الرجوع فإذا كان المحرر الأصلى لم يشهر تسجل تلك الدعاوى (١).

ب) حالة كلاً من كسب بحسن نية حقاً عينياً على عقار وقام بشهر حقه قبل تسجيل عريضة دعوى الفسخ أو الابطال المرفوعة على سلفه (م ١٧ من قانون الشهر العقارى) .

جـ) حالة الغير الذى كسب حقاً عينياً على عقار بالتقادم القصير أى بالحيازة خمس سنوات مستندة إلى سبب صحيح وحسن النية، وقام بحفظ هذا الحق قانونياً عن طريق شهره(٢).

د) حالة الغير الذى كسب بحسن نية حقاً عينياً على منقول، وفقاً لقاعدة «الحيازة فى المنقول سند الملكية».

حيث نصت المادة (٩٧٦ /١ مدنى) على ذلك بقولها: «من حاز بسبب صحيح منقول أو حقًا عينيًا على منقول أو سندًا لحامله فإنه يصبح مالكًا له إذا كان حسن النية وقت حيازته».

---

(١) د/ حمدى عبد الرحمن، الوسيط فى النظرية العامة للالتزامات، ط١٩٩٩م ص٦٣٨.

(٢) د/ سليمان مرقس، الوافى، ص٦٨٢/ ٦٨٣.

القسم الثاني

الإرادة المنفردة

٢٤٨- **يقصد بالإرادة المنفردة**: تلك الإراده التى تصدر من شخص واحد، وتتجه الى إحداث أثر قانوني، وهو اصطلاح معروف لدى الفقه القانوني(١).

وفى هذه الحاله يلتزم مصدر الإراده طالما أن الإراده المنفردة صادره من أهل لها بمقتضى حكم القانون فى هذه الحاله - حيث تلتزم لإراده المنفرده بالقيام بعمل معين أو بإمتناع عن عمل، وبالتالي فهي تختلف عن العقد الذى يقدم على توافق إرادتين أو أكثر.

والإراده المنفرده قادره على إحداث آثار قانونيه متعددة:

- ففي مجال **الحقوق العينيه والشخصيه**: فهي قد تنشئها وقد تسقطها، ففي مجال **الحقوق العينيه**: فالإراده المنفرده قد تنشئ الحق العيني كالتوصية: فهي تصرف مضاف إلى مابعد الوفاه فتنشأ بالإراده المنفرده وهي إراده الموصى وحدها. وقد تسقط الإراده المنفرده الحق العيني ومثالها نزول الدائن المرتهن بإرادته المنفرده عن حق الرهن، أو نزول صاحب الحق المخدوم عن حق الارتفاق(٢).
- إما في مجال **الحقوق الشخصيه**: فالإرادة المنفردة قد تنشئ الحق الشخصي كالوعد بجائزه الموجه للجمهور بالإراده المنفرده حيث يلتزم بإعطاء هذه الجائزه لمن يتم هذا العمل.

---

(١) انظر د/ عبدالناصر العطار، مرجع سابق، ص ١٨٢ بند ١٠٧ - د/ عبدالخالق حسن احمد، دروس فى مصادر الالتزام ص ٢٩٧ طبعه ١٤٠٧/١٩٨٧ هـ - و د/ احمد سلامه، فكرة الالتزام بالإراده المنفرده في القانون المقارن - رساله دكتوراه - مجلة العلوم القانونيه والإقتصاديه ص ٥ ع ٢ ، ص ٦ ع ١ ٢.١ - د/ إسماعيل غانم، مرجع سابق، ص ٢٩١ - د/ عبدالرزاق السنهوري، الوسيط، ج١ صـ ١٤٥٥ - د/ محمد لبيب شنب، مرجع سابق ص ١٣٠٢.

(٢) د/ عبدالخالق حسن، مرجع سابق، ص ٢٩٧.

وقد تسقط الإراده المنفرده الحق الشخصى وذلك بالابراء فالدائن يستطيع، أن يتنازل عن دينه كله أو بعضه، وذلك بابراء المدين من هذا الدين كله أو بعضه[(١)] (م ١٧١ مدنى).

ولكن هل يمكن للإراده المنفرده أن تنشئ حقاً شخصياً فى غير الحالات التى نص عليها القانون؟ أى هل يمكن أن تكون مصدر للإلتزام؟[(٢)].

اختلف في الإجابه عن هذا التساؤل مابين مؤيد ورافض حيث ذهب غالبيه الفقه إلى إنكار هذه القدره للإراده المنفرده حيث يستلزم لكي تنشئ الإراده المنفرده التزاماً فلابد من أن تقترن بإرادة إخرى. حيث يقصر أصحاب هذا الرأي مصدر الإلتزام الإرادى على العقد فقط.

بينما ذهب رأى آخر إلى الاعتراف للإراده بهذه القدره على انشاء الإلتزام شأنها فى ذلك شأن العقد. وقد قال بهذا الرأى الفقه الإلماني. وهذا الرأى يتفق مع تعريف الفقه الإسلامى للعقد بمعناه العام حيث عرفه جانب من الفقه الإسلامى العقد بمعناه العام. بأنه هو «التصرف الذى ينشأ عنه حكم شرعى سواء صدر من شخص واحد كاليمين والوقف، أو من شخصين كالبيع والاجازة والرهن».

بينما ذهب جانب آخر من الفقة الاسلامى إلى أطلاق تسمية التصرف أو الالتزام على التعريف السابق أى الالتزام الصادر من طرف واحد.

هذا وقد أخذ القانون المدنى المصرى برأى غالبية الفقة القانونى، فلم يجعل الارادة المنفردة مصدراً عاماً للألتزام كالعقد، وإنما جعلها مصدراً للألتزام فى الحالات التى نص عليها القانون فقط ومنها حالة

---

(١) د/ عبدالناصر العطار، مرجع سابق، ص ١٨٤.

(٢) انظر د/ عبد الودود يحيى، مرجع سابق، صـ١٧٩ وما بعدها بند ١٤٥.

د/ عبد الناصر العطار، مرجع سابق، صـ١٨٥ بند ١٠٨.

التزام الموجب بالبقاء على إيجابه إذا عين ميعاد للقبول حيث يكون مصدر التزامه هنا الارادة المنفردة، و تطهير العقار المرهون رهنا رسمياً حيث نصت المادة ١٠٦٦ مدنى على أنه «يجب على الحائز أن ينكر فى الاعلان أنه مستعد أن يوفى الديون المقيدة إلى القدر الذى قوم به العقار..» فمن التزم بتسديد الديون المقيدة بعد استيفاء الاجراءات، التى نصت عليها المادة ١٠٦٥ مدنى إلى القدر الذى قوم به العقار وهو إرادته المنفردة .

الوعد بجائزة الموجه للجمهور

٣٤٩ - النصوص القانونية:

نصت المادة ١٦٢ مدنى على أنه:

١) من وجه للجمهور وعدا بجائزة يعطيها عن عمل ، عين التزم بأعطاء الجائز لمن قام بهذا العمل، ولو قام به دون نظر إلى الوعد بالجائزة أو دون علم بها.

٢) وإذا لم يعين الواعد أجلا للقيام بالعمل جاز له الرجوع فى وعده بأعلان للجمهور، على ألا يؤثر ذلك فى حق من أتم العمل قبل الرجوع فى الوعد. وتسقط دعوى المطالبة بالجائزة إذا لم ترفع خلال ستة اشهر من تاريخ أعلانه العدول للجمهور»

وستتحدث فى ضوء النص السابق عن شروط الوعد بجائزة والاثار التى يرتبها على الوجه الآتى:

٣٥٠- أولاً: شروط الوعد بجائزة[١] :

الوعد بجائزة يتم بإرادة منفردة ولذا يجب أن تتوافر فيه شروط التصرف القانونى إلا ما تعلق من هذه الشروط بتوافق الارادتين وتطابقهما:

---

(١) د/ عبد الناصر العطار، مرجع سابق، ص١٨٨ وما بعدها - د/ عبد الودود يحيى، مرجع سابق، ١٨١ بند ١٤٧ - د/ عبد الخالق حسن أحمد، دروس فى مصادر الالتزام، طبعة ١٤٠٧هـ، ١٩٨٧ -ص٢٠٠ وما بعدها.

١) **أن توجد لـدى الواعد إرادة.** وأن يصدر تعبير عنها من الواعد، وأن يكون هذا التعبير باتاً، وأن يكون أهلا لإنشاء هذا الالتزام وأن تكون ارادته خالية من العيوب مع توافر شروط المحل ووجود السبب المشروع وأن تتجه إرادة الواعد إلى أحدث أثر قانونى وهو الزام نفسه بالجائزة أما إذا لم يقصد الزام نفسه فلن يكون هناك وعد ينشىء للألتزام لمن يقوم بالعمل المطلوب، مثال ذلك: أن يعلن تاجر للسيارات عن جائزة لمن يجد عيباً فى السيارة التى يبيعها مثل هذه الارادة لا تنشىء التزاماً، لأن التاجر لم تتجه إرادته إلى أحداث أثر قانونى معين، وإنما قصد من ذلك ترويج سلعته بطريقة تجذب الجمهور إلى شرائها(١).

٢) **أن توجه الارادة إلى الجمهور**

أى إلى أشخاص غير معينين بالذات، فإذا وجه الوعد بجائزة الشخص معين كان إيجاباً، فإذا قبله من وجة إليه الايجاب انعقد العقد(٢).

٣) **أن يوجه الاعلان للجمهور بطريقة علنية.** كالاعلان فى الاذاعة أو فى الصحف أو بواسطة الصاق نشرات أو توزيعها أو المناداة، بحيث يتوافر العلم لعدد غير محدود من الأشخاص.

٤) **يجب أن يتضمن الوعد بجائزة أمرين:**

(أ) تحديد العمل الذى يجب أن يقوم به من وجه إليه الوعد لكى يستحق الجائزة.

---

(١) د/ عبد الودود يحى، مرجع سابق، صـ١٨١ بند ١٤٧- د/ عبد المنعم فرج الصمدى، مصادر الالتزام فقرة ٣٩٥ صـ٤٢٢ - د/ عبد الخالق حسن، مرجع سابق، صـ١٠٢.

(٢) قضت محكمة النقض بتاريخ ١٩٧٧/٢/٢٣م، مجموعة الأحكام س٢٨ صـ٥١١ بأن «الوعد بالجائزة على ما تشترطه المادة ١٦٢ من القانون المدنى يقوم أساسا على توافر أركان معينة منها أن توجه الارادة إلى الجمهور أى إلى أشخاص غير معينين. فإذا ما وجهت إلى شخص معين خرجت عن أن تكون وعداً بجائزة، وطبقت عليها قواعد الايجاب فلابد أن يقترن بها القبول وتصبح عقداً لا إرادة متفردة.

(ب) أن يتضمن الوعد جائزة معينة لمن يقوم هذا العمل. وقد تكون الجائزة حقا من الحقوق المالية كمبلغ من المال، أو سعادة، وقد تكون الجائزة ذات قيمة معنوية كأن يعلق شخص ضاع منه شيئاً بأن من سيجده سيحفظه القرآن الكريم(١) .

٣٥١- ثانياً: آثار الوعد بجائزة:

إذا توافرت الشروط السابقة التزم الواعد بوعده ولكن آثار الوعد بجائزة تختلف بحسب ما إذا كان الواعد قد حدد مدة للوعد، أو لم يحدد مدة .

(أ) إذا كان الواعد قد حدد مدة:

التزم الواعد بإرادته، ولا يجوز له أن يرجع في وعده طوال هذه المدة التى حددها فإذا أقام الشخص بأنجاز العمل المطلق عنه في خلال هذه المدة، فإن من قام يصبح دائناً للواعد بالجائزة، يستوى أن يكون قد قام بالعمل رغبة فى الحصول على الجائزة، أو قام به دون وجود هذه الرغبة، كما يستوى أن يكون وقت قيامه بالعمل يعلم أو لا يعلم بالجائزة(٢) .

أما إذا أنقضت المدة، ولم يقم أحد بالعمل خلال هذه المدة، فإن للواعد الحق فى التحلل من وعده، ولو أنجز العمل فيما بعد(٣) .

---

(١) د/ عبد الخالق حسن، مرجع سابق، صـ٢٠٢/١٠٣ - د/ عبد الودود يحيى، مرجع سابق، صـ١٨٢ بند ١٤٧.

(٢) انظر د/ عبد الودود يحيى، مرجع سابق، صـ١٨٣.

(٣) د/ عبد الخالق حسن ، مرجع سابق صـ٢٠٢ والاعمال التحضيرية للقانون المدنى جـ٢ صـ٢٣٩ من مذكرة المشروع التمهيدى تعليقاً على المادة ٢٢٩ من المشروع التمهيدى وقد حذفت هذه المادة.

(ب) وإذا لم يحدد الواعد مدة يتم خلالها العمل المطلوب:

يلتزم الواعد بوعده متى قام شخص بالعمل المطلوب خلال مدة معقولة هذا ويحق للواعد أن يعدل عن وعده، ولكي يعتد بالرجوع لابد وأن يكون الرجوع عن الوعد بنفس الطريقة التي أعلن بها للجمهور ويترتب على ذلك :

١) فإذا رجع الواعد عن وعده قبل أن يتم أحد المطلوب فلا يلزم بدفع الجائزة.

٢) أما إذا كان قد بدأ في تنفيذ هذا العمل وقبل بلوغ مرحلة الاتمام رجع الواعد عن وعده، في هذه الحالة يلتزم الواعد أن يعوض من يبدء في التنفيذ بشرط إلا يزيد التعويض عن قيمة الجائزة الموعود بها طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية.

– على أن دعوى المطالبة بالجائزة تسقط إذا لم ترفع خلال ستة أشهر من تاريخ أعلان العدول للجمهور، وهذه مدة سقوط لا مدة تقادم وقد نصت المادة ٢/١٦٢ مدني على ذلك بقولها «وإذا لم يعين الواعد أجلا للقيام بالعمل جاز له الرجوع في وعده بأعلان للجمهور، على إلا يؤثر ذلك في حق من أتم العمل قبل الرجوع في الوعد، وتسقط دعوى المطالبة بالجائزة إذا لم ترفع خلال ستة أشهر من تاريخ أعلانه العدول للجمهور».

أما بالنسبة لحالات تحديد الميعاد وأتمام العمل خلال المدة المحددة، أو أتمام العمل قبل رجوع الواعد في حالة عدم تحديده ميعاداً فإن حق من قام بالعمل في المطالبة بالجائزة يسقط بالتقادم العادي أي بمضي خمسة عشر عاما وفقاً للقواعد العامة[1] .

---

(١) عبد الودود يحيى، مرجع سابق، صـ١٨٤.

الفهرست

الفصل الثاني

تنفيذ العقد

الفصل الثالث

آثار العقد من حيث الاشخاص

الباب الرابع

القسم الثانى
المصادر غير الإرادية

١) العمل غير المشروع.
٢) الإثراء بلا سبب.
٣) القانون.

تأليف
أ.د/ رأفت محمد أحمد حماد
أستاذ القانون المدنى
وعميد كلية الشريعة والقانون بدمنهور (سابقاً)
جامعة الأزهر

رقم الإيداع
٣٩٠٢ / ٢٠٠٥

الباب الثالث

العمل غير المشروع

(المسئولية التقصيرية)

أولاً: تعريف:

المسئولية المدنية: هى إلتزام المدين بتعويض الضرر الذى ترتب على اخلاله بإلتزام يقع عليه. فإذا كان الإلتزام الذى حصل الاخلال به مصدره العقد كانت المسئولية عقديه. وإذا كان هذا الإلتزام مصدره العمل غير المشروع كانت المسئولية تقصيريه.

ويلاحظ أن المسئولية التى تترتب على الاخلال بإلتزامات تنشأ عن مصادر أخرى، وهى الإرادة المنفرده والأثراء بلا سبب والنظام، ترد فى النهاية إلى هذين النوعين، وذلك فيما عدا ماورد فى هذه المصادر من أحكام خاصه. فإذا كأن الألتزام الذى حصل الاخلال به مصدره الاراده المنفرده انطبقت أحكام المسئولية العقدية، اذ المصدر فى الحالتين هو الإرادة، وإذا كان هذا الإلتزام مصدره الاثراء بلا سبب او القانون انطبقت أحكام المسئولية التقصيرية، اذ المصدر فى هذه الحالات جميعاً واقعة مادية يرتب القانون عليها إلتزاما بصرف النظر عن الإرادة.

ثانياً: المسئولية الجنائية والمسؤولية المدنية:

المسئولية النظاميه نوعان: مسئولية جزائية (جنائية) ومسئولية مدنية، وتقوم المسئولية الجنائية على أن هناك ضرراً أصاب المجتمع، بينما تقوم المسئولية المدنية على أن هناك ضرراً أصاب الفرد.

وفى مجال تمييز المسئوليه المدنيه عن الجنائية يتعين عدم الخلط بين الخطأ وبين الغش اذ ان كل منهما يمثل وجها للاجرام يختلف عن الآخر اختلافاً تاماً ويناقضه، **فالخطأ** هو جوهر الاهمال، **والغش** هو محور العمد وإن جاز اعتبارهما

صنوين فى مجال المسئوليه المدنية والمهنية. إلا أن التفرقه بينهما واجبه فى مجال المسئولية الجنائية[١].

وترتب على هذا الاختلاف بين المسئوليتين النتائج الآتية:

(أ) **الجزاء فى المسئولية الجنائية** عقوبة توقع على الشخص المسئول زجراً وردعا لغيره. **أما المسئولية المدنية** فتتعلق بضرر يصيب الفرد، ولهذا **كان الجزاء فيها تعويضاً** يؤخذ من مال المسئول.

(ب) يطالب بالجزاء فى المسئولية الجنائية الهيئة التى تمثل المجتمع سواء كانت النيابة العامة أو أى هيئة أخرى حسب نظام كل دولة بإعتبارها ممثلة للمجتمع. بينما يطالب بالجزاء فى المسئولية المدنية المضرور نفسه.

(جـ) تقوم المسئولية الجنائية على جرائم محددة وعقوبات محدده سلفا استناداً إلى أنه «لاجريمة ولاعقوبة الا بنص». أما المسئولية المدنية فتترتب على أى عمل غير مشروع يقع اخلالا بالواجب القانون العام الذى يقضى «بعدم الاضرار بالغير» ومن ثم فليست فى حاجة إلى حصر الاعمال غير المشروعة التى تولد هذه المسؤولية، بل ان هذا الحصر ليس امراً مستطاعاً حيث نصت م ١٦٣ مدنى على أن «كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض».

(د) المسئولية الجنائية حق المجتمع وبالتالى لايجوز الصلح فيها او النزول عنها، اما المسئولية المدنية حق للفرد ولهذا لايجوز فيها الصلح او النزول عنها.

ثالثاً: أثر قيام المسئوليتين معا بناء على عمل واحد:

١) **من حيث الاختصاص:** يمكن أن ترفع الدعوى المرتبه وهى دعوى التعويض، أمام المحكمة الجنائية كي تفصل فيها مع الدعوى الجنائية.

---

(١) نقض جنائى (الطعن رقم ٢٧٨٠ لسنة ٦٦ ق جلسة ١٩٩٨/٢/١٢م).

فالدعوى المدنية هى التى تتبع الدعوى الجنائية

٢) **من حيث السير فى الدعوى:** توقف الدعوى الجنائية الدعوى المدنية وهذه هى القاعدة المعروفة التى تقول ان «الجنائى يوقف المدنى».

٣) **من حيث حجية الأمر المقضى:** لايرتبط القاضى المدنى بالحكم الجنائى الا فى الوقائع التى فصل فيها هذا الحكم وكان فصله فيها ضرورياً.

فإذا قضت المحكمة الجنائية بالادانة: أى بوقوع الفعل الذى يكون اساس الدعوى بوصفه بأنه جريمة معينة وبنسبته إلى المتهم، فإنه يتعين على المحكمة المدنية أن ترتبط بهذا القضاء.

وإذا قضت المحكمة الجنائية : بالبراءة وجبت التفرقه بين الحالتين:

الأولى: تكون البراءة فيها قائمة على عدم ثبوت نسبة الواقعة إلى المتهم وفى هذه الحالة يحوز الحكم الجنائى حجية الأمر المقضى به أمام المحاكم المدنية.

الثانية: أن تكون البراءة فيها مبنية على أن الفعل لايعاقب عليه القانون أو على اساس خطأ فى الإجراءات، وحينئذ تكون المحكمة الجنائية قد فصلت فى اساس الدعوى دون أن تفصّل فى نسبتها الى المتهم، فتنتفى حجية الحكم الجنائى أمام المحكمة المدنية. فيجوز للقاضى المدنى فى هذه الحالة أن يقول بثبوت الفعل المنسوب إلى المتهم وأن يقضى بالتعويض على أساس كون هذا الفعل خطأ ترتب عليه ضرر.

رابعاً: عدم جواز الجمع أو الخيره بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية:

قد يحصل أن تتوافر فى الفعل الواحد شروط المسئوليتين معا. مثل ذلك: ان يخطئ الناقل فيترتب على ذلك ان يصاب المسافر. او يخطئ المستأجر فيؤدى هذا الى تلف العين المؤجر.

ولذا يقصد بالخيره بين المسئولين ما إذا للمضرور فى الحالة التي يشكل فيها فعل أو أمتناع المسئول خطأ عقدى بالاخلاله بإلتزام فرضه العقد الذى يربطه به، وخطأ تقصيريا لاخلاله بالتزام قانونى يفرضه القانون على الكافه، أن يختار بين أى من دعوى المسئوليه العقدية أو المسئولية التقصيرية حسبما تمليه مصلحته، وبمعنى ادق ما اذا كان له ان يلجأ إلى دعوى المسئولية التقصيرية بدلاً من دعوى المسئولية العقدية[1].

ويلاحظ ان الراجح قضاء وفقها يذهب الى ان الدائن فى رجوعه على المدين فى مثل هذه الحالات لايجوز له أن يجمع بين المسئوليتين ايا كا المعنى المقصود من هذا الجمع.

فلا يجوز للدائن ان يجمع بين المسئوليتين بمعنى: أنه يطالب بتعويض احدهما على اساس المسئولية العقدية والآخر" على أساس المسئولية التقصيرية. وذلك لان الضرر الواحد لايصح التعويض عنه مرتين.

ولايجوز له أن يجمع بين المسئوليتين بمعنى: أن يجمع بين المزايا فى كليتهما - فيأخذ من كل مايتفق وصالحه فى الدعوى.

كأن يستند فى عقد النقل الى المسئولية العقدية فيقول بوجود الالتزام بضمان السلامة على عاتق الناقل حتى يخفف عن نفسه عبء الاثبات او يفيد من تقادم طويل. ويستند الى المسئولية التقصيرية فى مطالبة الناقل بالتعويض كى يحصل تعويض عن الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع **ولايجوز له ان يجمع بين المسئوليتين بمعنى أنه اذا** رفع دعوى على اساس احدهما

---

(١) للتساؤل السابق أهميته العملية: حيث يمكن للمضرور التمسك بالمسئولية التقصيرية بدلاً من العقدية في حالة سقوط الحق فى المسئولية العقدية بالتقادم القصير، كما أن المسئولية التقصيرية تعفيه من عبء اثبات الخطأ كما فى مسئولية حارس الاشياء والبناء والحيوان بعكس المسئولية العقدية التى تلقى عبء اثبات الخطأ على المضرور. كما ان التعويض فى المسئولية التقصيرية تبيح الحصول على التعويض عن الضرر المتوقع وغير المتوقع (انظر د/ جمال الدين زكي، مشكلات المسئولية بند ٦٦ - ٧٤.

وخسرها كان له أن يرفع دعوى ثانية على اساس الاخرى وذلك لأنه طبقاً لحجية الأمر المقضى به تكون الدعويان متحدتين فى الخصوم والمحل والسبب. ومن ثم لاتكون الدعوى الثانية مقبولة.

اما المقصود بالخيره:

ان الدائن طبقاً للرأى الراجح لدى الفقهاء ليست من حقه الخيره بين رفع الدعوى على اساس المسئول العقديه او رفعها على اساس المسئولية التقصيرية. حيث يرى غالبية الفقه. انه مادام هناك عقد فلا يصح للدائن ان يرفع سوى دعوى المسؤولية العقدية. وذلك بحجة أن الدائن لايعرف المدين الا من طريق العقد. ومن ثم فكل علاقة تقوم بينهما بسبب هذا العقد يجب ان يحكمها العقد وحده. كما أن المسئوليتين. وضعان متعارضان. اذ تقوم المسئولية العقدية بين متعاقدين يربطهما عقد بينما تقوم المسئولية التقصيرية بين اجنبيين، ولايمكن ان يجمع الشخص بين وصف المتعاقد والغير فى وقت واحد. فلابد اذن من الوقوف عند المسئولية العقدية[١].

جواز لجوء العاقد المضرور الى المسئولية التقصيرية اذا كون الاخلال جريمة جنائية، أو انطوى على غش او خطأ جسيم[٢].

---

(١) راجع فى تفصيل ذلك د/ محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسئولية المدنية فى تقنينات البلاد العربية - القسم الأول ط ١٩٧١ بند ٦٦، ٧٤.

د/ مصطفى مرعى، المسئولية المدنية - الطبعة الأولى سنة ١٩٣٦م بند ٢٨.

- السنهورى، الوسيط ج١ بند ٥١٥.

(٢) نقض مدنى ١٩٦٨/٤/١٦م - م نقض م - ١٩ - ٧٦٢، نقض مدنى ١٩٦٥/١١/١١م - م نقض ١٦ - ١٠٠٨، حيث جاء نه «لئن كان السبب اساس التعويض الذى يستحقه المستأجر فى حالة تعرض المؤجر له بما يخل بانتفاعه بالعين المؤجرة هو المسئولية العقدية التى تقضى قواعدها بتعويض الضرر المباشر المتوقع الحصول الا أنه اذا كان المؤجر قد ارتكب غشا او خطأ جسيما فيعوض المستأجر عندئذ عن جميع الاضرار المباشرة ولو كانت غير متوقعه الحصول».

المبحث الأول

(المسئولية عن العمل الشخصى)

يراد بالمسئولية عن العمل الشخصى مسئولية الشخص عن العمل الذى يصدر منه، وهى الأصل العام فى المسئولية.

وتقوم المسئولية عن العمل الشخصى: على خطأ واجب الاثبات أى الخطأ الذى يجب على الدائن وهو المضرور ان يثبته فى جانب المدين وهو المسئول.

أما قيام المسئولية على خطأ مفروض فأمر لايتقرر الا فى حالات معينة وسترى ذلك فى المسئولية عن عمل الغير والمسئولية الناشئة عن الاشياء.

أركان المسئولية التقصيرية:

ان المسئولية التقصيرية، كالمسئولية العقدية تقوم على ثلاثة أركان:

أولاً: الخطأ يمكن تعريف الخطأ التقصيرى فى ضوء نص المادتين ١٦٣، ١٦٤ مدنى بأنه «اخلال بواجب قانونى عام مقترن بادراج المخل بهذا الواجب[١].

حيث يتضح لنا من هذا التعريف أن الخطأ التقصيرى مرتبط بتوافر عنصرين هما:

(أ) عنصر مادي او موضوعي وهو الاخلال بواجب قانوني والآخر: عنصر نفسي او معنوي وهو التمييز والادراك [٢].

---

(١) انظر د/ سليمان مرقص – الوافى – بند ٧٢.

(٢) أنظر محمد كمال عبدالعزيز – التقنين المدنى فى ضوء القضاء والفقه، ج١ص ٥٢٤.

والخطأ التقصيري يلزم توافر عنصرين منه هما:

١) **العنصر الموضوعى:** وهو الاخلال بواجب قانونى: وهى تشمل ما نص عليه المشرع ومالم ينص المشرع حيث تستمد الالزام بها من المبادئ العامه للقانون. حيث تجد سندها في فكرة الحق المدنى على كافة الاشخاص واجب الاحترام لهذا الحق وعدم المساس به [١].

هذا ويقاس سلوك من ينسب إليه الخطأ إلى السلوك المألوف للرجل العادى.

٢) **العنصر المعنوى:** يشترط فيمن ينسب اليه الخطأ أن يكون مميزاً فالاصل ان الخطأ التقصيرى لاينسب الا لمن يكون قد بلغ السابعة من عمره. حيث يلزم للمسأله المدنية أن يكون الشخص قد بلغ سن السابعة.

وهذا يختلف عن الأهلية اللازمة لمباشرة التصرفات القانونية. كما لاينسب الخطأ التقصيرى الى المجنون أو المعتوه لانه يأخذ قيم عديم التمييز اى من لم يبلغ سن السابعة.

والعبره بفقد التمييز بوقت وقوع الحادث، فلا يعتد لقيام الحالة فى الشخص بصفه عامة اذا كانت متقطعه كما يلزم صدور قرار الحجر او الشيوع من جهة اخرى.

والأصل فى الانسان التمييز والحرية وتقع على عاتق من يدعى فقد التمييز عند الحادث اثبات ادعائه ويتشدد القضاء

---

(١) سليمان مرقص - الواقى - بند ٨١ - جمال الدين زكى - الوجيز فى النظرية العامة للإلتزامات طبعة ١٩٧٨م بند ٢٤٢ - (نقض مدنى ١٩٧٨/١٠/٣٠م فى الطعن رقم ٤٠ لسنة ٤٣ق - حيث قضت «بأن الخطأ الموجب للمسئولية التقصيرية المنصوص عليها فى المادة ١٦٣ من القانون المدنى هو الانحراف عن السلوك العادى المألوف ومايقتضيه من يقظه وتبصر حتى لايضر بالغير».

عامة فى الاخذ بانتقاء المسئولية لعدم التمييز فيشترط فى الجنون أن يكون كلياً[١].

انواع الخطأ:

(أ) **الخطأ العمد:** وهو الاخلال واجب قانونى مقترين بقصد الاضرار بالغير وهو مايسمى بالجريمة المدنية وهى التى تتجه الارادة الى احداث الضرر فلايكفى اتجاهها الى ارتكاب الفعل بذاته اذ لابد وأن تتجه معه الاراده الى أحداث النتيجة الضاره[٢].

(ب) **الخطأ بأهمال:** وهو الاخلال واجب قانونى مقترن بادراك المخل لهذا الاخلال دون ان يقصد الى الاضرار بالغير.

ويستوى الخطأ العمد والخطأ باهمال فى توافر المسئولية المدنية[٣].

(جـ) **الخطأ الجسيم:** الخطأ الذى يبلغ حدا يسمح بافتراض سوء نية الفاعل حيث لايتوافر الدليل عليه. وقد يقصد به الاهمال وعدم التبصر.

(د) **الخطأ اليسير:** هو مادون الخطأ الجسيم والاصل ان الخطأ درجة واحدة لأنه مادام الخطأ هو الاخلال بواجب قانونى. الا ان المشرع يعتد بجسامة الخطأ سواء فى تقدير التعويض كما يشترط المشرع فى الاخطاء المهنية[٤].

---

(١) سليمان مرقص، الواقى ج بند ٢٩٠ من السنهورى الوسيط ج١ هامش ٨٠٦.

(٢) سليمان مرقص - الواقى ج بند ٩٧.

(٣) جمال زكى بند ٢٤٦.

(٤) د/ محمد صلاح الدين حلمى - رسالته - الفقه الإسلامى فى مسئولية فعال غير العقلاء - ص ٢٩٤ ومابعدها.

(هـ) الخطأ الجنائى والخطأ المدنى:

الخطأ الجنائي: هو الاخلال بواجب قانونى تكفله القوانين العقابيه بنص خاص.

أما الخطأ المدنى: هو الاخلال بواجب قانونى تكفله القوانين المدنية وهو نطاقا من الخطأ الجنائى فقد يتحقق الخطأ المدنى دون أن يشكل خطأ جنائياً[١].

(و) الخطأ الايجابى والخطأ السلبى:

وهو مايطعن عليه الفعل والامتناع عن الفعل - حيث يستوى فى قيام الخطأ التقصيرى ان يبدو انحراف المسئول فى صورة فعل فيكون خطؤه ايجابياً او فى صورة امتناع فيكون خطؤه سلبيا[٢].

اثبات الخطأ:

يقع عبء اثبات وقوع الخطأ المنسوب الى المسئول وعلاقته السببيه بينه وبين الضرر على عاتق المضرور حيث قضت محكمة النقض بانه «يتعين على المضرور ان يثبت وقوع الخطأ المعين الذى ينشأ عنه الحادث وارتبط معه برابطة السببيه»[٣].

ثانياً: الضرر:

تعريفه: يقصد بالضرر المساس بمصلحة للمضرور.

ويتحقق ذلك بالمساس بوضع قائم أو الحرمان من ميزه محوزه بحيث يصير المضرور فى وضع اسوأ مما كان عليه قبل وقوع الخطأ - ويستوي فى ذلك ان يمس مصلحة يحميها القانون او مصلحه مشروعه[٤].

---

(١) د/ محمد صلاح الدين حلمى - رسالة - ص ٢١ ومابعدها - نقض مدنى ١٩٧٩/٤/٧م فى الطعن رقم ٦١٧ سنة ٤٣ق.

(٢) نقض مدنى ١٩٦٧/١/٣م - م نقض م - ١٨ - ١١ ، نقض مدنى ١٩٣٧/١٢/١٦م - م - ٤ - ٩٦٦ حيث قضت بأن «المسئوليه التقصيريه تقع على المتسبب بذات الفعل او الترك الضار سواء كان متعمداً أم مقصراً وسواء كان حسن القصد او سيئه).

- منشور فى محمد كمال عبدالعزيز - النقض المدنى فى ضوء القضاء والفقه، ص ٥٣٢.

(٣) نقض مدنى ١٩٥٨/٥/١٥م - ق نقض م - ٩ - ٤٤١.

(٤) د/ محمود جمال الدين زكى، الوجيز، من ٢٦٣ - سليمان مرقس بند ٦٢.

وقد قصر المشرع في المادة ٢٢١ مدنى على أن التعويض يكون عن الضرر المباشر فقط دون الضرر غير المباشر.

ويمكن التمييز بين الضرر المباشر والضرر غير المباشر برابطة السببية بين الخطأ والضرر فكلما توافر رابطة السببيه بين الخطأ والضرر كان الضرر مباشرا، وهو يكون كذلك اذا كان يعتبر نتيجة ضرورية او محققة للفعل او الامتناع عن الفعل الذى يشكل ركن الخطأ[١].

أنواع الضرر:

(أ) الضرر المادى:

وهو يتمثل فى المساس بمصلحة ماليه للمضرور، لانه يشترط للحكم بالتعويض عن الضرر المادى ان يكون هناك اخلال بمصلحة ماليه للمضرور[٢].

كما ان الضرر المادى يتحقق بالجروح ومضاعفاتها ومنها الموت[٣].

(ب) الضرر الادبى:

من المتفق عليه انه ان التعويض المالى يكون مستحقاً عن الضرر الأدبى فالضرر المادى حيث انه يساعد على تخفيف الالم من نفس المضرور[٤].

---

(١) د/ محمود جمال الدين زكى، الوجيز - بند ٢٧٦ - السنهورى ج الوسيط ج١ بند ٦١٠.

(٢) نقض مدنى ١٩٧٠/٥/٢٥م - م نقض م - ٢١ - ٧٢٩.

(٣) نقض مدنى ١٩٦٦/٢/١٧ - م نقض م - ١٧ - ٣٣٧ - نقض مدنى ١٩٧٤/٢/٧ - م نقض م - ٢٥ - ٦٠.

(٤) السنهورى، الوسيط ج١ بند ٥٧٨ - محمود جمال الدين زكى، الوجيز بند ٢٦٦. نقض مدنى ١٩٧٣/٤/٨م - م نقض م - ٢٣ - ٦٧٠.

اثبات الضرر ورقابه محكمة النقض:

يقع عبء اثبات الضرر على عاتق المضرور، ويستقل قاضي الموضوع بتقدير ثبوت او نفى الوقائع المكونه للضرر سواء كان ادبيا او ماديا حيث قضت محكمة النقض بأن «تقدير ثبوت الضرر او عدم ثبوته من المسائل الموضوعية التى تدخل فى حدود سلطة محكمة الموضوع بغير معقب من محكمة النقض فى ذلك مادام الحكم قد بين عناصر الضرر ووجه احقية طالب التعويض فيه»[١].

ثالثاً: علاقة السببيه بين الخطأ والضرر:

يلزم لقيام المسئوليه التقصيرية - كما فى المسئولية العقدية - توافر هذه العلاقة بإعتبارها ركنا مستقلا عن الخطأ فاذا وجد الخطأ وانتفت علاقة السببيه انتفت المسئولية - ويكون للمسئول نفي علاقة السببيه بإثبات السبب الأجنبى[٢].

حيث قضت محكمة النقض بأن «تعويض الضرر يشمل بالحق المضرور من خساره ومافاته من كسب بشترط ان يكون ذلك نتيجة طبيعية لخطأ المسئول، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية اذا لم يكن من الاستطاعه توقيه ببذل جهد معقول»[٣].

اثبات علاقة السببيه ورقابة محكمة النقض:

يقع عبء اثبات علاقة السببيه على عاتق المضرور وتستقل محكمة الموضوع دون رقابة عليها من محكمة النقض.

---

(١) نقض جنائى ١٩٧٢/٦/٢٦م - م نقض ج - ٢٣ - ٩٥٣ وبنفس المعنى نقض مدنى ١٩٦٨/٤/٨م - م نقض ج - ١٩ - ٢-٤٠.

(٢) السنهورى - الوسيط ج١ بند ٥٨١ ومابعده - د/ محمود جمال الدين زكى - الوجيز - بند ٢٦٨.

(٣) نقض مدنى ١٩٦٦/١١/٨ - م نقض م - ١٧ - ١٦٢٩ - نقض جنائى ١٩٧٧/١١/٧ - م نقض ج - ٢٨ - ٩٢١.

راجع

حيث ان قيام رابطة السببيه بين الخطأ والضرر من المسائل المتعلقه بالوقائع فلا تخضع لرقابه محكمة النقض حيث قضت بان «استخلاص علاقة السببيه بين الخطأ والضرر هو من مسائل الواقع التى يقدرها قاضى الموضوع ولارقابة عليه فى ذلك لمحكمة النقض الا بالقدر الذى يكون فيه استخلاصه غير سائغ»[١].

ويمكن الرجوع على ماسبق دراسته فى القسم الأول «المصادر الارادية - المسئولية العقدية». لدراسة المزيد من النفضيلات لأركان المسئوليه المدنية [٢].

أثار المسئولية التقصيرية:

حكم المسئولية او الأثر الذى يترتب عليها هو التعويض. فإذا توافرت اركان المسئولية التى سبق ان ذكرناها، وهى الخطأ والضرر وعلاقة السببه، وتحققت المسئولية، ترتب على ذلك ان يلتزم المسئول بتعويض الضرر الذى لحق بالمضرور والغالب ان تكون وسيلة المضرور للحصول على التعويض هى دعوى المسئولية.

والتعويض يكون بقدر الضرر. والحق فى التعويض يوجد من يوم وقوع الضرر لأن مصدره العمل غير المشروع.

اما الوقت الذى ينظر اليه عند تقدير الضرر فهو يوم صدور الحكم.

(١) نقض مدنى ١٩٧٤/١٢/٣١ - م ق م - ٢٥ - ١٥١٩ - حيث قضت محكمة النقض بان (استخلاص علاقة السببيه بين الخطأ).

(٢) انظر مرجعنا الوجيز فى النظرية العامة للإلتزامات القسم الأول (المصادر الإدارية) بند ٢٦٥ ومابعده ص ٢٣٣ ومابعدها.

الفصل الثاني

المسئولية عن عمل الغير
والمسئولية الناشئة عن الاشياء

المبحث الأول
المسئولية عن عمل الغير

تعريف:

توجد المسئولية عن عمل الغير اذا كان هناك شخص ملزم بإصلاح الضرر الناجم عن خطأ شخص آخر. ولان القاعدة العامة الا يسأل الشخص الا عن عمله الشخصى فإن المسئولية عن عمل الغير لاتتقرر الا استثناء، ومن ثم لاتقوم الا بالنسبة الى الاشخاص الذين ينص عليهم القانون ومنها:

أولاً: مسئولية المكلف بالرقابه على عمل الخاضع لرقابته:

نصت المادة ١٧٣١ مدنى:

« ١) كل من يجب عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابه شخص فى حاجة الى الرقابة، بسبب قصره أو بسبب حالته العقليه أو الجسميه يكون ملزماً بتعويض الضرر الذى يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله غير المشروع ويترتب هذا الالتزام ولو كان من وقع منه الفعل الضار غير المميز.

٢) ويعتبر القاصر فى حاجة إلى الرقابة إذا لم يبلغ خمس عشرة سنة او بلغها وكافى كتف القائم على تربيته، وتنتقل الرقابة على القاصر إلى معلمه فى المدرسة أو المشرف على الحزمه، مادام القاصر تحت المعلم او المشرف وتنتقل الرقابة على الزوجة القاصر الى زوجها أو إلى من ستيولى الرقابة على الزوج.

٣) ويستطيع المكلف بالرقابة أن يخلص من المسئولية اذا اثبت انه قام بواجب الرقابة او اثبت ان الضرر كان لابد واقعاً ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية» - ومن النص السابق نجد أنه يقع على المكلف بالرقابة واجب يفرض عليه ان يعنى بمراقبة الاشخاص الذين هم تحت رعايته وان يحسن تربيتهم حتى لايصدر منهم خطأ يضر بالغير. فإذا قصر في اداء هذا الواجب كان مخطئاً شخصياً يوجب مسئوليته.

ولايكفي ان يتولى شخص بالفعل رقابة شخص أخر يكون مسئولاً عنه بل يجب ان يكون هناك التزام قانوني او اتفاقي يتولى هذه الرقابة وعلة هذا الالتزام - كما جاء في النص - حاجة الشخص الموضوع في رقابة غيره إلى هذه الرقابة اما بسبب قصره، واما بسبب حالته العقلية، واما بسبب حالته الجسمية، أما الرقابة التى لا تقوم بسبب القصر او الحالة العقليه او الحالة الجسميه كرقابه السجان على المسجونين ورقابه رئيس الحزب السياسي على اعضاء حزبه فلا تترتب عليها هذه المسئولية.

والقاصر الى سن الخامسة عشر يجب ان يكون في رقابة احد من المسئول عنه يكون الاب فإن لم يوجد فولي النفس الا إذا انتقلت الرقابة اتفاقا الى الام، والى غيرها وبعد ان يبلغ الولد الخامسة عشر، فان ظل يعيش في كنف من يقوم على تربيته بقي هو مسئولاً عنه الى ان ينفصل الولد في عيشه او الى ان يبلغ سن الرشد[١] حيث ينتهي واجب الرقابه ببلوغ القاصر سن الرشد.

وتقوم مسئولية المكلف بالرقابه على اساس خطأ مفترض في جانبه حيث يذهب اغلب الفقه مع احكام النقض الى ان **هذه المسئولية تقوم على افتراض خطأ مزدوج هو الخطأ في التربية والخطأ في الملاحظه أو المراقبة[٢] قابل لاثبات العكس.**

---

(١) السنهوري الوسيط ج١ بند ٦٦٦ - د/جمال الدين زكي، الوجيز في الالتزام بند ٢٨٧، ٢٨٨.

(٢) د/ جمال الدين زكي، الوجيز ص ٢٩ - نقض مدني ١٩٦٩/١٢/٢٣ - ق نقض م - ٢٠ - ١٣٠٣.

شروط مسئولية المكلف بالرقابة

١) تولى شخص الرقابة على شخص آخر:

لايكفي لتحقق المسئولية هنا ان يتولي شخص بالفعل رقابة شخص آخر. بل يجب ان يكون هناك التزام بالرقابة بمقتضى نص في القانون فالاب مثلا يتولى رقابة ابنه القاصر، وقيامه بهذه الرقابه واجب شرعى وقانونى يقع عليه. ومدير مستشفى الامراض العقلية يتولى رقابة مرضاه، واضطلاعه بهذه الرقابة واجب يقع عليه بمقتضى الاتفاق.

٢) صدور عمل غير مشروع ممن يخضع للرقابة:

يجب ان يصدر عمل غير مشروع من الشخص الخاضع للرقابة أن يترتب على هذا العمل ضرر يصيب الغير. اما اذا كان العمل غير المشروع قد صدر من الغير فألحق ضرراً بالشخص الخاضع للرقابه، كأن يعتدى اجنبى على تلميذ فى المدرسة، او كان هذا العمل قد صدر من الخاضع للرقابة فألحق ضرراً بنفسه هو كأن يعبث تلميذ فى المدرسة بآلة حادة فيلحق الاذى بنفسه فلا تتحقق مسئولية المكلف بالرقابة على اساس قرينة الخطأ.

هذا ويستوى ان يكون الشخص الخاضع للرقابة مميزا أو غير مميز لأن المقصود ليس مساءلته هو وانما مساءلة المكلف بالرقابة.

ويستطيع المكلف بالرقابة ان يدرأ المسئولية عن نفسه بنفى الخطأ من جانبه بأن يثبت انه قام بواجب الرقابة او ينفى علاقة السببيه بين الخطأ المفترض من جانب المكلف بالرقابة وبين الضرر الذى اصاب المضرور وهذا لايتحقق الا اذا ثبت ان المفاجأة فى وقوع الفعل الضار بلغت حداً ماكانت تجدى معه المراقبة فى وقوعه وأن الضرر كان لابد واقعاً حتى ولو قام متولى الرقابه بواجب الرقابة بما ينبغى له من حرص وعنايه[1].

---

(١) نقض مدنى ١٩/١/١٩٦٧م - م نقض م - ١٨ - ١٣٧

هذا واذا كان الخاضع للرقابه مميزاً كان للمكلف بالرقابة ان يرجع بكل مادفعه على الشخص الخاضع للرقابه الا اذا كان غير مميز فلايجوز لهذا ان يرجع بما دفعه علي الخاضع للرقابه.

ثانيا مسئولية المتبوع عن عمل تابعة[١]:

نصت المادة ١٧٤ مدنى على أنه:

١) يكون المتبوع مسئولا عن الضرر الذى يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعاً منه فى حال تأدية وظيفته او بسببها.

٢) وتقوم رابطة التبعية ولو لم يكن المتبوع حراً فى اختيار تابعه، متى كانت له عليه سلطة فعليه فى رقابته وفى توجيهه».

وعليه يكون المتبوع مسئولاً عن الضرر الذى يحدثه تابعه بعمله غير المشروع كمسئولية رب العمل عن الضرر الذى يحدثه تابعة (عماله) بخطأ يقع منه اثناء تأدية وظيفته او بسببها.

اساس هذه المسئولية: لاخلاف فى أن مسئولية المتبوع مسئولية مفترضه لاتقبل اثبات العكس. اذ يكفى لتحققها مجرد ثبوت خطأ التابع ووقوع هذا الخطأ اثناء او بسبب الوظيفة وقد تعددت الآراء حول اساس هذه المسئولية المفترضة فذهب البعض انها تقوم على قرينه الخطأ المفترض فى المتبوع اما فى اختيار تابعه او فى مراقبته وقال البعض الآخر انها تستند الى فكرة تحمل التبعه. فى حين اسسها البعض على فكرة الضمان او النيابة[٢].

وتقوم مسئولية المتبوع حتى ولو كان غير مميز[٣].

---

(١) انظر مؤلفنا «مسئولية المتبوع عن انحراف «خطأ تابعة» دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي طبق ١٩٩٣م دار النهضة العربية – القاهرة.

(٢) د/ جمال الدين زكي – الوجيز بند ٢٩٨ – نقض مدنى ١٩٧٨/٥/٨م – الطعن ٦٥٧ لسنة ٤٢ ق. نقض مدنى ١٩٦٩/١/٣٠ نقض م – ٢٠ – ١٩٩.

(٣) نقض مدنى ١٩٥٣/٢/١٠م – م ق ج – ١٧٢ – ٦٢٥.

* ولايلزم لمسئولية المبتوع تعيين تابعه المخطيء وانما يكفى ان يثبت وقوع الفعل الضار من احد تابعيه[١].

(أ) شروط المسؤولية:

١) قيام علاقة تبعية:

يتعين لقيام هذه المسئولية ان توجد علاقة تبعية بين شخصين بحيث يكون احدهما خاضعاً للآخر. ويتحقق ذلك اذا كان للمتبوع علي تابعة سلطة فعلية فى الرقابة والتوجيه اى يكون للمتبوع سلطة اصدار الاوامر لتابعة لتوجيهة فى عمله وسلطة الرقابة على تنفيذ هذه الاوامر ومحاسبته على الخروج عليها. ومن ثم يعتبر تابعا الخادم فى علاقته بمخدومة، والسائق فى علاقته بصاحب السيارة، والعامل فى علاقته برب العمل[٢]. كما تكفي التبعية العرضيه[٣]. كما يكفى التبعيه الادبية[٤].

وقد ميزت المحاكم بين نوعين من الرقابة يختلف كل منهما من حيث كفايته فى انشاء علاقة التبعية،:

فالنوع الأول: رقابة عامه، الغرض منها التحقق من مراعاة المتعهد لشروط العمل المتفق عليها.

والنوع الثانى: يقتضى التدخل فى وسائل تنفيذ العمل وفى طريقة ادارته وهذا النوع الاخير من الرقابه هو الذى يلزم توافره لنشوء علاقة التبعية[٥]. اما النوع الاول فلايكفى لذلك.

---

(١) نقض مدنى ١٩٧٨/٢/٢م في القضية رقم ٥٦ لسنة ٤٥ ق - نقض مدنى ١٩٧٩/١٢/٦م فى النقض رقم ٧٤٠ لسنة ٤٦ ق.

(٢) السنهورى الوسيط ج١ بند ٦٦٨ ، ٦٧٩ - د/جمال الدين زكى، الوجيز بند ٦٢٩٥.

(٣) نقض جنائى ١٩٤٣/٢/١٥م - م ق ج - ١٧٢ - ٦٢٥.

(٤) نقض مدنى ١٩٣٥/٦/٢٢م - م ق ج - ٣٢ - ٩٧٢.

(٥) د/ سليمان مرقس. الوافى، المجلد الثانى - الالتزامات - القسم الثانى ص ٨٣٣ - نقض مدنى ١٩٣٠/٣/٢٧م المجموعة ٣١ رقم ٦٧ - نقض مدنى ١٩٤٣/٣/٢٤م المحاماه ٢٤، ٤٩ - ١٦٨.

٢) خطأ التابع:

أى ثبوت مسئولية التابع مسئوليه بقصيريه: سواء استندت هذه الى خطأ ثابت عن مسئولية شخصيه أو إلى خطأ مفترض كالشأن فى مسئولية متولى الرقابة او حارس الحيوان والأشياء غير الحيه - على أنه متى انتفت مسئولية التابع انتفت بالضرورة مسئولية المتبوع.

أى أن مسئولية المتبوع لاتقوم الا بثبوت مسئولية التابع عن خطأ واجب الاثبات فى حقه أو خطأ مفترض فى حقه[١].

٣) وقوع الخطأ من التابع حال تأدية وظيفته أو بسببها:

إن نفاذ نص المادة ١٧٤ مدنى ان المتبوع يكون مسئولاً عن الضرر الذى يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى وقع الخطأ من التابع وهو يقوم باعمال وظيفته أو أن يقع الخطأ منه بسبب هذه الوظيفة، وانه يكفي ان تكون هناك علاقة سببيه قائمة بين الخطأ ووظيفة التابع بحيث يثبت ان التابع ماكان يستطيع ارتكاب الخطأ وماكان يفكر فيه لولا الوظيفة ويستوى أن يتحقق ذلك عن طريق مجاوزة التابع لحدود وظيفته او عن طريق الاساءة فى استعمال هذه الوظيفة او عن طريق استغلالها ويستوى كذلك ان يكون خطأ التابع قد امر به المتبوع أو لم يأمر به، علم به او لم يعلم، كما يستوى ان يكون التابع فى ارتكابه للخطأ المستوجب للمسئوليه قد قصد خدمه متبوعه أوجر منفعه لنفسه، يستوى كل ذلك مادام التابع لم يكن ليستطيع ارتكاب الخطأ لولا الوظيفة[٢].

٤) توافر علاقة السببيه بين خطأ التابع وبين تبعيته للمتبوع:

ولايلزم فى هذا الصدد أن ترتبط التبعية با لخطأ أرتباط العله بالمعلول بأن تكون هى السبب المباشر للخطأ او ان تكون ضرورية لوقوعه، ولا أن

---

(١) نقض مدنى ١٩٦٤/١١/١٢م - م النقض م - ١٥ - ٢٢ - ١٠٢٢.

(٢) د/ سليمان مرقس، الوافى ، ص ٨٧٨.

يرتكب التابع الخطأ وهو يؤدي عملا من أعمال وظيفته، وانما يكفى لتحققها أن يرتكب التابع الخطأ بمناسبة الوظيفة بأن تكون **هى التى هيأت له ارتكابها على اى نحو** ولو كان قد جاوز حدودها او اساء استعمالها او استغلها أو صدر عن باعث شخصى وسواء علم المتبوع لذلك أو لم يعلم[1].

هذا وتنتفى مسئولية المتبوع اذا كان المضرور يعلم مجاوزة التابع لحدود الوظيفة او بعمله لحساب نفسه/ لا لحساب المتبوع[2].

(ب) آثار المسؤولية:

يترتب على توافر شروط المسئولية أحقية المضرور فى الرجوع بالتعويض عن الضرر على المتبوع او على التابع او على كليهما معا. فاذا قام المتبوع بدفع التعويض للمضرر كان له الحق فى الرجوع به على التابع الا اذا كان مشتركاً معه فى الخطأ فيرجع فقط بقدر نصيبه من الخطأ[3]. بموجب دعوى الحلول القانونى المقرره للكفيل المتضامن بما يخول التابع التمسك قبله بماله من دفوع قبل المضرور ومنها تقادم دعوى الاخير قبل التابع التى لايقطعها مطالبه المضرور للمتبوع[4]. (م ١٧٥ مدنى).

تقادم دعوى المسئولية المقترحة عن اعمال الغير، ودعوى رجوعه من نقع عليه هذه المسئولية:

---

(١) السنهورى الوسيط بند ٦٨٥ - د/جمال الدين زكى، الوجيز بند ٩٦ نقض مدنى ١٩٧٩/٥/٣١م الطعن رقم ٨٠٢ لسنة ٤٦ق.

(٢) د/ جمال الدين زكى - الوجيز بند ٢٩٧ - نقض مدنى ١٩٧٣/٢/١١م - نقض ج - ٢٤ - ١٨٠.

(٣) نقض مدنى ١٩٧٩/٥/١٢م - فى القضية رقم ١٦٦ لسنة ٤٥ ق - نقض ٤/٢٦ لسنة ١٩٧٧م فى القضية رقم ٨٨٨ لسنة ٤٣ ق - نقض ١٩٧٤/١١/٢٦م.

(٤) نقض مدنى ١٩٧٩/٥/١٠م - فى القضية رقم ٨٧١ لسنة ٤٣ ق - نقض ١٩٦٩/١/٣٠م - م نقض م - ٢٠ - ١٩٩.

القاعدة ان الحقوق عموماً تقضى بعدم المطالبه بها مدة خمسة عشر عاماً (م ٣٧٤ مدنى) ولكن المشرع فيما يتعلق بدعادى التعويض عن الفعل الضار نص فى المادة ١٧٢ مدنى على ان «تسقط بالتقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه، وتسرى مدة التقادم المنصوص عليه فى المادة ١٧٢ مدنى على مسئولية المتبوع المنصوص عليها فى المادة ١٧٤ مدنى[١].

المبحث الثانى
المسؤولية الناشئة عن فعل الأشياء

سنتناول المسئولية الناشئة عن فعل الأشياء فى ثلاث مباحث:

المطلب الأول
(مسئولية حارس الحيوان)

يسأل فيها حارس الحيوان عما يحدثه الحيوان من ضرر (حيث نصت م ١٧٦ مدنى) أنه «حارس الحيوان، ولو لم يكن مالكاً له، مسئول عما يحدثه الحيوان من ضرر، ولوضل الحيوان أو تسرب مالم يثبت الحارس ان وقوع الحادث كان بسبب أجنبى لابد له فيه».

أولاً: شروط المسئولية:

(أ) الحراسة:

المقصود بحارس الحيوان: هو من بيده زمامه بحيث تكون السيطره عليه فى توجيهه ورقابته لحساب نفسه ويكون هو المتصرف فى أمره سواء قد تنتقل منه إلى غيره بتصرف قانونى كالمستأجر او المستعير أو المودع عنه - أو بتصرف غير مشروع كالسرقة فتثبت الحراسة لسارق الحيوان[٢].

---

(١) نقض مدنى ١٩٦٤/١١/٥م مجموعة أحكام النقض ١٥ - ٧ - ١٠٠٧ - ١٥٠.

(٢) انظر د/ جمال زكى - الوجيز - بند ٣٠٤).

- **ويشترط فى الحيوان ان يكون حيا** ومملوكًا لأحد الناس وأن تكون حراسته ممكنه ويستوى فى ذلك كافة انواع الحيوانات مستأنسه أو متوحشه[١].

(ب) رجوع الضرر إلى فعل الحيوان:

يتعين لقيام المسئولية أن يرجع الضرر إلى فعل ايجابى للحيوان فلايكفى أن يكون دوره سلبياً بأن يرتطم المضرر بالحيوان[٢].

ثانياً: اساس مسئولية حارس الحيوان:

تقوم المسئولية على اساس خطأ مفترض فى جانب الحارس [٣].

- تنتفى مسئولية حارس الحيوان بنفى علامة السببيه بين فعل الحيوان وبين الضرر بإثبات أن الضرر كان بسبب أجنبى لابد له فيه كقوه قاهره أو فعل المضرور او الغير.

ثالثاً: نفى المسئولية:

لايستطيع حارس الحيوان أن ينفى عنه المسئولية الا ينفى علاقة السببيه مابين فعل الحيوان والضرر الذى وقع وذلك بأن يثبت بأن وقوع الضرر كان بسبب أجنبى كقول قاهره أو حادث مفاجئ أو خطأ المضرور أو خطأ الغير.

المطلب الثانى

مسئولية حارس البناء

يسأل فيها حارس البناء أو مالكه عما يحدثه انهدام البناء من ضرر حيث نصت (م ١٧٧ مدنى) على أنه:

«١) حارس البناء ولو لم يكن مالكا له، مسئول عما يحدثه انهدام البناء من ضرر ولو كان انهداماً جزئيا، ما لم يثبت ان الحادث لا يرجع سببه الي اهمال فى الصيانه او قدم فى البناء او عيب فيه.

---

(١) (السنهوري، الوسيط، بند ٧٠١)

(٢) (جمال ذكي -الوجيز- بند ٣٠٥)

(٣)(السنهوري، الوسيط ، بند ٧٠٨)

٢) ويجوز لمن كان مهددا بضرر يصيبه من البناء أن يطالب المالك باتخاذ ما يلزم من التدابير الضرورية لدرء الخطر فإن لم يقم المالك بذلك جاز الحصول علي اذن من المحكمة في اتخاذ هذه التدابير علي حسابه».

أولاً شروط المسئولية:

١) الحراسة:

المقصود بحارس البناء: هو من تكون له السيطرة الفعلية عليه لا لحساب غيره بأن يكون ملتزماً بصيانته وحفظه والأصل ان تكون الحراسة للمالك ولو كان قاصراً أو غير مميز مالم يثبت انتقالها إلى الغير بتصرف قانونى كالبيع أو الرهن الحيازى ومناط الحراسة هو انتقال الحيازه أى التسليم(١).

٢) تهدم البناء الذى احدث الضرر:

يجب ان يكون الضرر ناجماً عن تهدم البناء تهدماً فعلياً وتهدم البناء هو تفككه وانفصاله عن الأرض، ويستوى أن يكون كلياً أو جزئياً كتهدم حائط أو سقف أو شرفه أو سلم.

ثانياً: اساس المسئولية وطريقة دفعها:

- يستند مسئولية حارس البناء الى خطأ مفترض لايقبل اثبات العكس باقامة الدليل على قيامه بالصيانة أو التجديد أو الأصلاح وان كانت المسئولية تنتفى بنفي علاقة السببية بين هذا الخطأ المفترض وبين الضرر باثبات أن وقوع التهدم لايرجع إلى أهمال فى الصيانة أو قدم فى البناء أوعيبه فيه كأن يرجع إلى حريق شب فيه أو زلزال أسقط جزء منه(٢).

- **ويمتنع اعمال أحكام هذه المسئولية اذا قامت بين الحارس وبين المضرور علاقة عقدية ولايستثنى من ذلك الا الحالة التى يرتكب فيها الحارس خطأ جسيماً أو غشا أو جريمة (٣).**

---

(١) (السنهوري بند رقم ٧١٣، ٧١٤)

(٢) (جمال زكى – الوجيز – بند ٣١٠)

(٣) (نقض مدني ١٩٦٨/٤/١٦ –م نقض م- ٩١-٧٦٢)

المطلب الثالث
مسئولية حارس الأشياء الجامدة

يسأل فيها حارس الاشياء الجوامد ماعدا البناء عما تحدثه هذه الاشياء من ضرر حيث نصت (م ١٧٨ مدنى) على أنه: «كل من تولى حراسة أشياء تتطلب حراستها عناية خاصه أو حراسة آلات ميكانيكية يكون مسئولاً عما تحدثه هذه الأشياء من ضرر مالم يثبت ان وقوع الضرر كان بسبب أجنبى لايد له فيه، هذا مع عدم الاخلال بما يرد فى ذلك من أحكام خاصة».

أولاً: شروط المسئولة:

(أ) الحراسة:

وهى تتحقق بسيطرة الشخص على الشئ سيطرد فعليه فى الاستعمال والتوجيه والرقابة لحساب نفسه، لالحساب غيره ويستوي ان يستند فى هذه السيطرة إلى حق او لايستند سواء كان سيطرة مشروعه او غير مشروعه .

(ب) ان يقع الضرر بفعل الشئ:

ثانياً: أساس المسئولية:

ذهب البعض الي القول بان المسئولية تقوم علي فكرة الخطأ المفترض في جانب الحارس **وذهب البعض** الي لقول بأن اساس المسئولية تقوم علي فكرة تحمل التبعية [1] في حين **قال البعض الاخر** بفكرة الضمان او فكرة الالتزام بالسلامة[2] .

ثالثاً: الاشياء التي تشملها الحراسة:

اولهما: الآلات الميكانيكية: لنقل السيارات

ثانيهما: الأشياء التي تتطلب حراستها عناية خاصة مثل (الزجاج -

---

(١) (السنهوري بند ٧٣٣ - د/سلمان مرقس بند ٧٠٠).

(٢) راجع في عرض هذه النظريات د/لبيب شنب - حراسة الاشياء بند ٢٢٩ - ٦٢٠ طبعة ١٩٥٧)

الباب الرابع

الاثراء بلا سبب والفضالة

سنتناول فى هذا الباب الاثراء بلا سبب ثم الفضاله كتطبيق خلمى بلا اثراء بلا سبب في فصلين على الوجه الآتى:

الفصل الأول

الاثراء بلا سبب

أولا: تعريف:

القاعدة: ان كل من اثرى على حساب غيره دون سبب قانونى يلتزم بأن يرد لهذا الذى افتقر قدر ما أثرى به فى حدود مالحق المفتقر من خساره.

فيجب على المثرى ان يرد اقل قيمتين، وهما مقدار ماأثرى به او مقدار ما افتقر به الغير. وهذه قاعدة تفرضها مبادئ العدالة.

اساس دعوى الاثراء بلا سبب: ذهب جانب من الفقه إلى أن أساس دعوى الاثراء بلا سبب يرجع الي الفضاله لان الفضولى عندما يطلب الى رب العمل تعويضه عما انفقه او مابذله من جهد فى ادارة العمل انما يستند الى فكره اثراء رب العمل على حسابه دون سبب قانونى وخاصه ان الفضولى لايقصد من وراء قيامه بالعمل لحساب رب العمل - دون وكالة او اذن معه التبرع(١).

وقد انتقد اصحاب هذا الاتجاه حيث إن هناك حالات اثراء بدت فى العمل ولايوجد فيها قصد تولى امر الغير الذى تتطلبه الفضاله ولذا نجد ان هذا الاساس يفتقد الى التطابق مع الواقع. علاوة على ان هناك فارق بين آثار دعوى للفضولى ودعوي الاثراء بلا سبب علاوة على ان شروط الدعوى الخاصه بكل من الحالتين لايمكن ان تتشابه(٢).

---

(١) Laurent: principes dedroit civil francais.t.20 no 333-340.p.364 ets. Planiol: mate Dalloz.1891: 1.49.

(٢) انظر د/ توفيق حسن فرج، الاثراء بلا سبب ص ٩١ ومابعدها. طبعة ١٩٩٢م الدار الجامعية.

ولهذا ذهب جانب اخرمن الفقه الى البحث عن اساس دعوى الاثراء بلا سبب فى نطاق المسئولية حيث حاول البعض منهم الى القياس على فكرة المخاطر. فكل شخص سبب ضرراً للغير يلزم بتعويضه وفى عالم الاثراء بلا سبب ينبغى على كل شخص ان يرد النفع الذى عاد عليه من فعل الغير دون سند قانونى ولهذا رأى أصحاب هذا الرأى الى الربط بين النظريتين فى اعتبار واحد هو السببيه المادية (الرباط المادى)(١).

الا ان جانب أخر من اصحاب هذا الاتجاه الى اقامة دعوى الاثراء بلا سبب على اساس الخطأ حيث يوجد عمل غير مشروع وذلك بسبب قيام الشخص المثرى بالابقاء على اثرائه بلا سبب.

ثانياً: اركان الاثراء بلا سبب:

١) اثراء المدين (المدعى عليه):

الاثراء هو كل منفعه مادية او ادبية لها قيمة مالية يحصل عليها المثرى ويجب لانطباق القاعدة السابقة ان يتحقق هذا الاثراء. فهذا هو ركنها الاول. اذ هو مصدر الالتزام الذى يترتب فى ذمة المثرى.

هذا ويأخذ الاثراء صوراً متعددة فهناك **الاثراء المادى**: وهو قيمة ماليه أو منعقد انتقلت من ذمة مالية الي ذمة مالية اخرى، مما يؤدى الى اختلال التوازن فى القيم المالية وهو مايمثل جوهر الاثراء بلا سبب (٢).

كما ان هناك **الاثراء المعنوى**: لقد ذهب المشرع المصرى الى الأخذ بفكرة الاثراء المعنوى كالأثراء المادى فى شأن نظرية الاثراء حيث جاء نص المادة ١٧٩ مدنى مصرى عامه فى اطلاقه كلمة (يثرى) دون تحديد لكون الاثراء مادياً أو معنوياً. وهو مااتجه الفقه والقضاء الى تأييده فاساس نظرية الاثراء وهو

---

(١) د/ توفق حسن ربيع، مرجع سابق، ص ٩٥ ومابعدها.

(٢) (انظر د/ توفيق حسن فرج. مرجع سابق ص ١٥٧).

العدالة لايقف عند حد اعادة التوازن المادى فقط اذا حدث خلل فى التوازن المالى بل يمتد الى كل صورة تتحقق فيها افادة شخص من عمل آخر من علمه او فنه او نشاطه او اى مجهود نافع متعمد قام به لصالح هذا الشخص وهذا ما تقضى به العداله [١].

٢) افتقار الدائن (المدعى):

يقصد بالافتقار: نقص فى محتوى الذمة المالية للمدعى ايا كان سبب هذا النقص.

يجب ايضا لكى تنطبق القاعدة ان يكون افتقار الدائن (المدعى) هو الذى ادى الى اثراء المدين. فيكون هناك افتقار فى جانب الدائن (المدعى) وتكون هناك علاقة سببية بين افتقار الدائن واثراء المدين (المدعى عليه).

والافتقار هو الوجه المقابل للأثراء، ولهذا فإنه يكون بنقص فى الذمة المالية للشخص (المدعى) يقابل مايكون من اثراء فى ذمة المثرى، ويكون الافتقار ايجابياً كما يكون سلبيا، وقد يكون مباشراً او غير مباشر، وقد يكون الافتقار مادياً او معنوياً، **والافتقار المادى** قد يكون بنقصان الجانب الايجابى فى الذمة المالية وذلك بخروج قيمة مالية من ذمة المفتقر الى ذمة المثرى وقد يحقق الافتقار بعدم زيادة الذمة المالية للشخص اى بحرمان المفتقر من زيادة الحقوق فى ذمته المالية [٢].

اما الافتقار المعنوى: استقر الفقه على الاعتداد به متى كان يمكن تقييم المنفعه بالمال ذلك مثل عمل كل من المعلم والطبيب والمحامى وقد تكون هذه المنفعه علميه او ادبيه او فنيه [٣].

---

(١) (انظر/توفيق حسن فرج، مرجع سابق) ص ١٧٩.

(٢) تقصد مدنى (دائرة اولى فى ١٩٦٥/١/٢٥م داللوز - سيرى - ١٩٦٥ موجز، ١٩٦٥ - ١ - ١٩٨).

(٣) (د. توفيق حسن فرج، مرجع سابق ص ٢٠٦، ٢٠٧).

٣) انعدام السبب في الاثراء:

يجب لانطباق القاعدة الا يكون هناك سبب قانونى يبرر اثراء المدين اذ أن وجود مثل هذا السبب يجعل للشخص الحق فى ان يحتفظ بما تتحقق له من اثراء.

فاذا كان المثرى قد تحقق له الاثراء بموجب تصرف قانونى فان هذا التصرف يقوم سببا مشروعا يخول المثرى الحق فى الاثراء ويحول دون امكان مطالبته بالرد. ويغلب ان يكون هذا التصرف عقدا مبرما بين المثرى والمفتقر.

فمن تلقى مبلغاً من المال على اساس التبرع لايحقق اثراء بلا سبب لأن لاثرائه سبب وهو الهبه. ومن حصل على مبلغ من المال تعويضاً له عما لحقه من ضرر تسبب فيه الغير يكون لاثرائه سبب، وهو الفعل الضار الذى وقع من هذا الغير، والأب الفقير الذى يحصل على نفقة من ابنه لايثرى على حسابه دون سبب لأن لاثرائه سببا مشروعا حيث يوجب القانون على الابن الموسر الانفاق على ابيه المعسر.

فاذا اجرى المستأجر تحسينات فى العين المؤجرة، وكان هناك شرط فى عقد الايجار يقضى بأن يتملك المؤجر هذه التحسينات عند نهاية الايجار، فإنه لايحق للمستأجر ان يرجع بدعوى الاثراء على المؤجر كى يعوضه عن هذه التحسينات لأن عقد الايجار يعتبر حينئذ سببا قانونيا يخول للمؤجر الحق فى هذه التحسينات.

وكل هذه الفروض يكون لاثراء المثرى سببه وبالتالى لانكون امام اثراء بلا سبب على حساب الغير.

ثالثاً: احكام دعوى الاثراء:

يلتزم المثرى بأقل القيمتين.. الاثراء أو الافتقار:

اذا توافرت شروط الاثراء. التزم المثرى برد قيمة ماأثرى به دون سبب فى حدود ماتم من افتقار فى ذمة الجانب الآخر . وتقدر قيمة الافتقار وقت صدور الحكم.

حيث تنص المادة ١٧٩ من القانون المدنى على أن «كل شخص، ولو غير مميز يثرى دون سبب مشروع على حساب شخص آخر، يلتزم فى حدود ماأثرى به بتعويض هذا الشخص عما لحقه من خساره».

تقدير الافتقار:

حيث ان مقتضى مبدأ الاثراء وفقاً للمادة ١٧٩ من القانون المدنى ان يلتزم برد اقل قيمتى الاثراء والافتقار ويكون تقدير قيمة الزيادة فى مال المثرى وقت الحكم[١].

اثبات الاثراء والافتقار بكافة طرق الاثبات:

ان الاثراء والافتقار من الوقائع المادية وبالتالى فإنه يصح اثباتها بجميع وسائل الاثبات ومنها البينه والقرائن[٢].

وعبء اثبات حصول الاثراء بلا سبب ومقداره يقع دائماً على الدائن المفتقر[٣].

تقادم دعوى التعويض عن الاثراء بلاسبب:

نصت المادة ١٨٠ مدنى على أنه: «تسقط دعوى التعويض عن الاثراء بلا سبب بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه من لحقته الخسارة

---

(١) نقض مدنى ١٩٧٠/٣/١٧م - م نقض م - ٢١ - ٤٥٠ - نقض ١٩٧٧/٢/٢٣م فى الطعن رقم ٥١٨ لسنة ٤٣ ق.

(٢) نقض مدنى ١٩٧٦/٣/١٥م - م نقض م - ٢٧ - ٦٦٢.

(٣) نقض مدنى ١٩٦٧/٣/٣م - م نقض م - ١٨ - ٧٢٥.

بحقه فى التعويض، وتسقط الدعوى كذلك فى جميع الاحوال بانقضاء خمس عشرة من اليوم الذى ينشأ فيه هذا الحق».

هذا ولايبدأ التقادم القصير: الا من وقت علم المفتقر بما أصابه من افتقار ترتب عليه اثراء الغير وعرف هذا الغير الذى أثرى على حسابه فلا يبدأ التقادم من تاريخ قيام الالتزام فى ذمته المثرى بل من تاريخ علم المفتقر بحقه بباقى التعويض[1].وعلمه بهذا الغير الذى اثرى على حسابه.

(١) السنهورى – الوسيط ج١ بند ٧٩٥

الفصل الثاني

الفضالــه

(أ) تعريف:

الفضاله هي: أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن ضروري لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزما بذلك.

مثالها: قيام شخص باقامة جدار يوشك أن يسقط في بيت جاره الغائب، أو أن يبادر الى إسعاف ابن هذا الجار من اصابه مفاجئه. فهي وان كانت تنطوي على تدخل في شئون الغير الا أن قوامها يدعو اليه واجب خلقي، بحيث يعتبر الفضولي متفضلا لا متطفلا. ومن هنا كان قصد الفضولي الى تحقيق منفعه للغير شرطا اساسيا لقيام الفضالة.

والفضاله تطبيق خاص للقاعدة العامة في الاثراء بلا سبب اذ أن الفضولي يعمل لتحقيق منفعه للغير دون أن يكون لهذه المنفعه سبب في علاقة قانونية سابقة، وهذه هي مقومات الاثراء بلا سبب.

(ب) شروط الفضاله:

١) قيام الفضولي بشأن عاجل لرب العمل.

يجب لكي تتحقق الفضاله أن يتولى الفضولي القيام بشأن عاجل لرب العمل. وعندما يقوم الفضولي بذلك قد يكون نائباً عن الموكل ولكنه يتجاوز حدود الوكاله. حيث يعتبر فضوليا فيما جاوز به هذه الحدود. أو اذا استمر الوكيل يعمل باسم الاصيل بعد أنتهاء الوكالة.

وقد تكون الفضاله بدون نيابة ويتحقق ذلك اذا ابرم الفضولي تصرفا نظاميا باسمه الشخصي لمصلحة رب العمل. كأن يتعاقد باسمه مع مقاول

للقيام باصلاحات مستعجله فى منزل رب العمل، أو يتعاقد مع طبيب لعلاج رب العمل من مرض فاجأة وتطلب علاجا سريعاً.

وسواء كان العمل الذى يقوم به الفضولى لصالح رب العمل تصرفا قانونيا او كان عملا ماديا فانه يجب ان يكون من الشئون العاجلة لرب العمل. اى يكون من الشئون الضرورية التى ماكان رب العمل ليتوانى فى القيام بها - فهى شئون يراد من القيام بها الحفظ، بمعنى انه يخشى من التوانى فى القيام بها ان تحل خساره مادية أو معنويه، كما فى تأجير عين شائعة لرب العمل او بيع محصول يخشى عليه من التلف. أو الوفاء بضريبة توقيا للحجز الادارى. او التعاقد مع مقاول لاصلاح منزل يخشى عليه من السقوط، أو التعاقد مع طبيب لعلاج رب العمل من مرض فاجأة ويتطلب علاجاً سريعا او دفع مصروفات مدرسيه حتى لايفصل نجل رب العمل من المدرسة.

٢) قصد الفضولى الى ان يعمل لمصلحة رب العمل:

يجب لقيام الفضاله أن يتجه قصد الفضولى، وهو يتولى شأنا لغيره الى ان يعمل لمصلحة رب العمل. وهذه النية هى التى تجعل من الفضولى متفضلاً.

٣) قيام الفضولى بعمل لم يكن ملزماً بالقيام به ولا منهيا عنه:

يجب لقيام الفضالة أن يتولى الفضولى شأن الغير دون ان يكون ملتزماً بأن يقوم بهذا الشأن. فلا يكون فضوليا من يلتزم بتولى شأن الغير سواء كان ذلك بمقتضى عقد وكالة أو بمقتضى أمر من القاضى فالحارس القضائى أو بمقتضى الشرع كالولى والوصى.

والغالب فى الفضاله ألا يكون رب العمل على علم بأن الفضولى يقوم بعمل من شئونه، لأنه يكون بعيدا عن هذا العمل.

---

(١) نقض مدنى ١٩٧٦/٣/١٥م - م نقض م - ٢٧ - ٦٦٢.

(جـ) احكام الفضالة:

أولاً: التزامات الفضولى:

١) يلتزم الفضولى بالمضى فى العمل الذى بدأه الى ان يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه.

٢) يجب على الفضولى اخطار رب العمل بتدخله متى استطاع ذلك.

٣) يجب أن يبذل عناية الشخص العادى فى القيام بالعمل.

٤) رد الفضولى ما استولى عليه بسبب الفضاله وتقديم حساب عن عمله.

ثانياً: التزامات رب العمل:

١) تنفيذ التعهدات التى عقدها الفضولى بالنيابة عن رب العمل.

٢) تعويض الفضولى عن التعهدات التى عقدها هذا باسمه شخصيا.

٣) ردا النفقات الضرورية والنافعه ودفع الأجر للفضولى.

٤) تعويض الفضولى عن الضرر الذى لحقه بسبب قيامه بالعمل.

الباب الخامس

القانون

نصت المادة ١٩٨ على أن «الالتزامات التى تنشأ مباشرة عن القانون وحده تسرى عليها النصوص القانونية التى انشأتها».

يقصد بالالتزامات التى يكون **مصدرها القانون** هى تلك التى قد يكون القانون مصدراً مباشراً. ويقصد بالمصدر الغير مباشر تلك التى يضفى عليها القانون الشرعيه عليها كالمصادر العامه للالتزام وهى العقد والعمل غير المشروع والاثراء بلا سبب اى ان القانون اعترف لهذه المصادر بالصلاحية لانشاء الالتزام وتحديد مداه وآثاره دون ان يتعرض القانون تفصيلا بطريق مباشر لمدى او آثار الالتزامات لتى تنشئها هذه المصادر ومن ثم يكون العقد هو المصدر المباشر للالتزامات الناشئة عنه ويكون العمل الغير مشروع هو المصدر المباشر انه هو الذى ينشئ الالتام ويحدد مداه وآثاره وان كان القانون يبقى من وراء هذه المصادر المباشره مصدر غير مباشر لانه هو الذى خولها الصلاحيه اي اضفى عليها شرعية انشاء الالتزام وتحديد مداه وتعيين آثاره.

واذا تصدى القانون مباشرة لانشاء الالتزام وتحديد مداه وتعيين اثاره فى هذه الحاله يكون القانون هو المصدر المباشر لهذا الالتزام. ومعنى ذلك ان القانون يكون مصدراً مباشراً للالتزام اذا تصدر فى مباشرة لنشأة الالتزام وتحديد مداه وتعيين آثاره.

وقد اكدت المعنى محكمة النقض بقولها «التعويض عند الاستيلاء على العقار دون اتباع الاجراءات القانونية بأن القانون - وليس العمل غير

المشروع - هو مصدر الالتزام بالتعويض عند الاستيلاء على العقار دون اتباع الاجراءات القانونية لنزع المعلين للمنفعه العامة...».

كما ان الالتزام الناشئة عن العلاقة التنظيمية التى بين الدولة والهيئات العامة وبين موظفيها هى رابطة قانونية تحكمها القوانين واللوائح المعمول بها بشأن الوظيفة[١].

كما أن التزامات النواب عن عديمى الاهلية او ناقصيها مصدرها القانون[٢].

- الالتزامات التى تنشأ من القانون مباشرة تخضع للتقادم المسقط الطويل العادى دون التقادم الثلاثى الخاص بالعمل غير المشروع وذلك مالم ينص القانون على مدة تقادم خاصة.

حيث قضت محكمة النقض بان «التقادم الثلاثى المنصوص عليه فى المادة ١٧٢ من القانون المدنى هو تقادم استثنائى خاص بدعوى التعويض عن الضرر الناشئ عن العمل غير المشروع فلا يسرى على الالتزامات التى تنشأ من القانون مباشرة وانما يخضع تقادمها لقواعد التقادم العادى المنصوص عليها فى المادة ٣٧٤ من ذلك القانون مالم يوجد نص خاص يقضى بتقادم آخر[٣]».

---

(١) نقض مدنى ١٩٦٩/٦/١٢م - م نقض م - ٢٠ - ٩١٤.

(٢) نقض مدنى ١٩٧٦/١٢/٨م - م نقض م - ٢٧ - ١٧٢١ حيث نصت فى «مفاد نص المادتان ١٦ ق ٢٠ ق المرسوم لقانون ١١٩ لسنة ١٩٥٢م بأحكام الولاية علي المال ان المشرع الزم الولى ان يحرر قائمة بما يكون للقاصر من مال أو مايؤدى اليه ان يودع هذه القائمة قلم كتاب المحكمة التى يقع فى دائرتها موطنه فى مدى شهرين من تاريخ بدء الولاية او من تايرخ ايولوله المالى الى الصغير وذلك ابتغاء الحد من اعمال الاحكام المقريزه فى شأن موت الولى مجهلا..»

(٣) نقض مدنى ١٩٧٣/١٢/١١م نقض م - ٢٤ - ١٢٤٣ - نقض مدنى ١٩٧٤/٤/١٩م - م نقض م - ٢٨ - ٩٨٢.

الفهرست

الموضوع	الصفحة